



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat Wien 5

GZ. FSRV/0024-W/10

## **Berufungsentscheidung**

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 5, Hofrat Dr. MMag. Roland Schönauer, in der Finanzstrafsache gegen Bw., Bauarbeiter, geb. Dat. in J./Polen, wohnhaft Adr., vertreten durch Dr., Rechtsanwalt, Adr, wegen der Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 19. Februar 2010 gegen das Erkenntnis des Zollamtes Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 12. Jänner 2010, Zl. XXXX/XXXX/2006-AFC/Oe, StrafNr.100000/2006/XXXX, gemäß § 161 Abs.4 FinStrG zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis wird aufgehoben und die Finanzstrafsache an die Finanzstrafbehörde I. Instanz zurückverwiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis vom 12. Jänner 2010, Zl. XXXX/XXXX/2006-AFC/Oe, hat das Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz Herrn Bw. (Berufungswerber, im Folgenden: Bw.) für schuldig erkannt, weil er am 21.12.2006 im Bereich des Zollamtes Wien vorsätzlich Waren, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 59.190 Stück (= 295,95 Stangen) näher aufgezählter Sorten Zigaretten, hinsichtlich welcher von bislang unbekannten Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols begangen worden waren, in Kenntnis dieser Herkunft an sich brachte und dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37

Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a des FinStrG begangen habe. Bei einer Strafhöchstgrenze von 31.998,39 € wurde über ihn gemäß §§ 21, 37 Abs.2 und 46 Abs.2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 5.000,- € verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen festgesetzt. Gemäß § 23 Abs.5 lit.a FinStrG wurde die in verwaltungsbehördlicher Verwahrungshaft am 21.12.2006 von 10:15 Uhr bis 16:15 Uhr verbrachte Zeit im Verhältnis 500 € pro Tag, somit mit 125,- € angerechnet.

Gemäß § 17 Abs.2 lit.a iVm §§ 37 Abs.2 und 46 Abs.2 FinStrG wurde auf Verfall der o.a., am 21.12.2006 beschlagnahmten Zigaretten erkannt.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit 363 € bestimmt und der Ersatz der Kosten eines allfälligen Strafvollzugs ausgesprochen.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des rechtsfreundlich vertretenen Beschuldigten vom 19.2.2010, wobei im Wesentlichen vorgebracht wurde, dass sich der Bw. zwar am 21.12.2006 tatsächlich in jenem Haus X.gasse, in dem die Zigaretten gefunden wurden, aufgehalten hat, aber das Zollamt habe nicht berücksichtigt, dass der Bw. dort nur einen polnischen Freund besuchen wollte, der aber nicht zu Hause war. Man habe ihn nicht im Besitz der inkriminierten Zigaretten angetroffen und es seien keinerlei Feststellungen dahingehend gemacht worden, ob sich seine Fingerabdrücke auf dem vorgefundenen Schlüssel, der Metalltür oder auf den Verpackungen der Zigaretten befanden. Es könne daher keine Rede davon sein, dass er diese Zigaretten an sich gebracht habe, weshalb das Finanzstrafverfahren gegen ihn einzustellen sei.

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

Dem Finanzstrafverfahren liegt der Sachverhalt zugrunde, dass am 21.12.2006 die Zollfahndung Wien von Polizeiorganen verständigt wurde, dass man den polnischen Staatsbürger Bw. im o.a. Haus unmittelbar vor der Tür eines Zigarettenlagers angetroffen hatte und der Pole beim Bemerken der Beamten einen Schlüsselbund aus dem dort offen stehenden Fenster warf. Man konnte den Schlüsselbund sicherstellen, er passte zum Zigarettenlager. Der Bw. wurde wegen des Verdachts der Begehung eines Finanzvergehens um 10:15 Uhr gemäß § 85 Abs.3 FinStrG festgenommen. Er war den Polizeiorganen bis dahin zwar nicht namentlich bekannt, aber doch in der Umgebung des Aufgriffsortes bereits wiederholt im Zusammenhang mit illegalem, von einer aus mehreren Personen bestehenden Gruppierung organisiert betriebenen Zigarettenverkauf aufgefallen. Zwar wurde der Bw. selbst nie mit Zigaretten gesichtet, es konnte aber am 21.12.2006 wieder ein schon fast

routinemäßiger Ablauf beobachtet werden, dass er zunächst in das Haus ging und ihm kurz danach der wegen Finanzvergehen amtsbekannte Straßenverkäufer B.T. folgte. Als die einschreitenden Polizeiorgane in das Haus nachgehen wollten, bemerkte das die auf der gegenüberliegenden Straßenseite stehende Ehegattin des BT und warnte durch laute Zurufe. Die eindringenden Beamten konnten im Erdgeschoß des Hauses Bw. und B.T. wahrnehmen. Der Bw. ging offenbar von einer gerade laut zugeschlagenen Brandschutztüre weg und schickte sich an, in ein oberes Stockwerk zu gehen, es bestand der Eindruck, dass er bei einem ca. einen Meter entfernten Fensterbrett etwas deponiert hatte. Der nervös und ungehalten agierende Bw wurde perlustriert, es konnte dabei nichts Belastendes vorgefunden werden. BT hatte sich zunächst in eine Nische des Ganges gestellt und flüchtete während der Durchsuchung des Bw aus dem Haus. Die Polizeiorgane suchten nun auch die äußere Umgebung des besagten Fensters ab und fanden in dem an der Hausmauer angehäuften Laub einen Bund mit 3 Schlüsseln. Mit einem davon konnte die einzige und offenbar vorher zugeschlagene Brandschutztür des Erdgeschoßes aufgesperrt werden, ein weiterer Schlüssel passte zu einer dahinter befindlichen WC-Türe. Im Vorraum fanden die Beamten eine Vielzahl an Kartons, Koffern, Verpackungsmaterial und Plastiktragtaschen vor, im WC waren die ca. 300 Stangen Zigaretten gelagert. Unmittelbar hinter der Brandschutztüre lag ein neuwertiger, ungebraucht aussehender schwarzer Plastiksack, welcher eine Stange Zigaretten beinhaltete. Der festgenommene Bw. wurde mit den beschlagnahmten Zigaretten und Schlüsseln der Zollfahndung Wien übergeben. Der damals beschäftigungslose Bw. hatte gegenüber den Polizeiorganen erklärt, nur einen polnischen Freund namens S.T. auf Tür Nr. besuchen zu wollen. Das konnte ihm widerlegt werden, denn an dieser Adresse wohnen zwei den Polizeiorganen wegen einschlägiger Finanzvergehen bekannte Personen.

In der fortgesetzten niederschriftlichen Einvernahme durch Zollorgane erklärte der Bw. zunächst, dass er der deutschen Sprache soweit mächtig sei, dass kein Dolmetscher benötigt wird und schilderte seinen persönlichen Werdegang und seine berufliche Tätigkeit als Automechaniker in Polen. Am 18.12.2006 sei er mit einem Freund, der mittlerweile mit dessen Auto weitergereist ist, nach Österreich gekommen und wolle hier ein Geschäft für gebrauchte Motorräder und Motorradteile eröffnen. Im Haus Xgasse wollte er bei der Gelegenheit einen Freund namens N. auf Tür Nr. 1 besuchen, der aber nicht zu Hause war. Beim Hinuntergehen wurde er dann von den beiden hereinkommenden Polizisten angehalten und durchsucht. Dabei sah er noch einen Mann im Erdgeschoß, den er aber nicht kenne. Als er, der Bw., das Haus schon verlassen hatte, holte ihn einer der Polizisten zurück, weil man im Bereich des Fensters einen Schlüssel gefunden hatte. Mit diesem sperrte man nun eine Tür auf und fand Zigaretten vor, die man nun ihm anlastete. Aber es seien das gar nicht seine Schlüssel

gewesen und er habe deshalb keine Schlüssel bei sich, weil er zweimal in Wien bei einem polnischen Freund im 20. Bezirk geschlafen habe, zu dem er aber nichts Näheres sagen könne. Eine Person namens BT kenne er nicht. Auf den Vorhalt, er sei von Polizisten schon seit Jänner 2006 mehrmals gesehen worden und er stehe im Verdacht, mit der Zigarettenszene in dieser Gegend zu tun zu haben, antwortete der Bw., es handle sich möglicherweise um eine Verwechslung, gab aber zu, dass er im Jahr 2006 schon fünfmal in Wien war und dabei auch immer Sachen am Mexikoplatz gekauft habe. Mit den vorgefundenen 59.190 Stück vorgefundenen Zigaretten habe er nichts zu tun, er bringe auch keine Zigaretten aus Polen nach Österreich mit.

Dem Bw. wurde zu Ende der Niederschrift eröffnet, dass gegen ihn wegen des Verdachts der Vergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei nach §§ 37 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG ein Finanzstrafverfahren eingeleitet wird und ihm ein Einleitungsbescheid nach § 83 Abs.1 FinStrG wegen des An-sich-bringens die ergriffenen 59.190 Stück Zigaretten ausgehändigt. Er erlegte zur Sicherung einer allfälligen Geldstrafe 300 Euro. Seine Verwahrungshaft wurde um 16:15 Uhr aufgehoben.

Die SIM-Karten-Auswertung des Handys des Bw. ergab keine zusätzlichen Verdachtsmomente.

Am 2.1.2007 erging auch ein Abgabenbescheid über die auf die Zigaretten entfallenden Abgaben an Zoll, Einfuhrumsatzsteuer und Tabaksteuer an seine polnische Adresse.

Am 22.1.2007 erging eine Strafverfügung gemäß § 143 FinStrG, mit der über den Bw. wegen der Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei mit den näher aufgezählten 59.190 Stück Zigaretten, hinsichtlich derer von bislang unbekannten Personen das Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem vorsätzlichen Monopoleingriff begangen worden war, unter Anrechnung der Haftdauer eine Geldstrafe von 8000 € und im Nichteinbringungsfall 25 Tage Ersatzfreiheitsstrafe auferlegt wurde. Weiters wurde auf Verfall der Zigaretten und auf Kostenersatz in Höhe von 363 € erkannt.

Gegen diese Strafverfügung erhob der Bw. durch seinen Rechtsvertreter fristgerecht Einspruch gemäß § 145 Abs.1 FinStrG und führte dabei aus, diese Zigaretten weder erworben noch im Besitz sowie auch keine Kenntnis von ihnen oder einen Schlüssel zum Lagerraum gehabt zu haben. Daher werde der Antrag gestellt, das Finanzstrafverfahren gegen ihn einzustellen.

Aufgrund des Einspruchs wurde gemäß § 125 Abs.2 FinStrG eine mündliche Verhandlung für den 21.9.2009 ausgeschrieben. In dieser bestätigte sich durch Einvernahme des Bw. und der beiden als Zeugen vernommenen seinerzeit eingeschrittenen Polizeibeamten das bisher

gewonnene Bild bzw. wurden die bisherigen Aussagen aufrecht gehalten. Der Bw. blieb dabei, er habe damals im Haus Xgasse auf Tür Nr. Nr.2 einen Bekannten namens M. besuchen wollen. Dieser war nicht zu Hause und beim Rückweg wurde er im Erdgeschoß von den Polizisten angehalten und kontrolliert. Man fand bei ihm nichts, hielt ihm aber nach Auffindung der Zigaretten vor, dass diese und der Schlüssel ihm gehörten. Das treffe nicht zu, er könne auch nichts sagen zu einem schwarzen Plastiksack mit einer Stange Zigaretten. Zu dem abweichenden Namen N. führte er aus, dass in dieser Wohnung mehrere polnische Staatsbürger wohnten, vielleicht habe er damals diesen besuchen wollen. Der Name S.T. sage ihm nichts.

Die zeugenschaftlich einvernommenen Polizeibeamten schilderten nochmals detailreich den Vorfall vom 21.12.2006, es wurde auch eine Skizze dazu angefertigt und zum Akt genommen. Die Beamten blieben dabei, dass das Zuschlagen der Brandschutztüre deutlich zu vernehmen war und unmittelbar darauf der sich beim offenen Gangfenster befindliche Bw. offensichtlich anschickte, in ein oberes Stockwerk zu gehen. Das Wiederversperren der Tür oder auch nur ein entsprechendes Geräusch hatten die Beamten nicht wahrgenommen, an der besagten Türnummer wohnten keine Polen.

Aufgrund der Ergebnisse des Untersuchungsverfahrens erging nun am 12.1.2010 das eingangs beschriebene Erkenntnis.

In finanzstrafrechtlicher Hinsicht ist dazu auszuführen:

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 verhandelt; ... Gemäß Abs.2 wird das Finanzvergehen mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die verhehlten Sachen entfallenden Abgabenbetrages geahndet. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Gemäß § 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, ... Gemäß Abs.2 wird das Finanzvergehen mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (§ 44 Abs.2) geahndet. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Im vorliegenden Fall stand ein Personenkreis unter der Beobachtung von Polizeiorganen, der seit längerer Zeit wegen illegalem Zigarettenhandel auffällig war. Dazu gehörte der „Straßenverkäufer“ B.T. und dessen Bruder, der vis-a-vis des Hauses Xgasse ein Geschäft mit Waren aller Art betreibt. Diese und zwei weitere Personen, die in diesem Haus wohnen, sind seit Jahren der Finanzstrafbehörde mit einschlägigen Delikten bekannt und weisen zahlreiche Finanzvorstrafen auf. Seit Jänner 2006 fiel auch Bw. in seinem Kontakt zu dieser Personengruppe auf und es kam der Verdacht auf, dass er mit diesen Zigarettenverkäufen zu tun hat. Er selbst wurde allerdings nicht mit Zigaretten gesehen oder betreten. Auch beim Vorfall am 21.12.2006 hatte er keine Zigaretten unmittelbar bei sich, es musste aber aufgrund des Umstandes, dass im Parterre des Hauses nur er und B.T. in unmittelbarer Nähe eines beträchtlichen Zigarettenlagers unter den oben geschilderten merkwürdigen Umständen angetroffen wurden, der Verdacht aufkommen, dass die beiden Personen mit diesen Zigaretten in Verbindung zu bringen sind bzw. eine Entnahme von Zigaretten erfolgen sollte. Dass der Bw. nicht einmal sicher gewusst haben will, wen er besuchen wollte und in diesem Zusammenhang schließlich schon 3 verschiedene Türnummern und Namen genannt hatte, trägt nicht zu seiner Glaubwürdigkeit bei. Dass es sich bei den hinter der Brandschutz- und WC-Türe gelagerten Zigaretten um solche mit abgabenuredlicher und das Handelsmonopol betreffend Tabakwaren missachtender Herkunft handelt, die nicht auf legalem Weg etwa über Trafikkäufe in Verkehr gebracht wurden, ist schon aus der Art und Weise der versteckten Lagerung, der beträchtlichen Menge und des *modus operandi* bei der Verkaufstätigkeit des BT unverkennbar.

Somit hatte die Finanzstrafbehörde eine ausreichende Verdachtslage gegen den Bw. hinsichtlich der objektiven und subjektiven Tatseite der Finanzvergehen nach §§ 37 und 46 FinStrG, um gegen ihn ein Finanzstrafverfahren gemäß § 83 Abs.1 FinStrG einzuleiten.

Indes reicht der weitere Verfahrensverlauf und gegenwärtige Aktenstand für eine Bestrafung des Bw. nicht aus. Zum einen ist der Bw. selbst nie mit Zigaretten betreten worden, auch dass ihm das Zigarettenlager im Parterre des Hauses Xgasse „gehört“, ist nicht anzunehmen, da er in diesem Haus nicht wohnt. Der sowohl beim Abgabendelikt als auch beim Monopoldelikt genannte Tatbestand des „an sich bringen“ meint, dass es nicht darauf ankommt, ob man aus dieser Zigarettenmenge letztlich einen wirtschaftlichen Vorteil zieht, sondern es genügen auch Hilfs- und Nebendienste. Was allerdings dazu notwendig ist, ist ein Mindestmaß an Besitzwillen betreffend die Zigaretten, die Herstellung eines bloß räumlichen und wie hier, extrem kurzen Naheverhältnisses reicht dafür nicht. Dass der Bw. laut Verdachtslage nur wenige Augenblicke vor diesem Zigarettenlager stand und dann die Flucht ergriff, reicht nicht

aus, um davon zu sprechen, dass er die gesamte Menge von ca. 300 Stangen Zigaretten an sich gebracht habe. Auch bezüglich der einen Stange im Nylonsack ist keine eindeutige und zweifelsfreie Zuordnung möglich. Dem Argument des Bw. in der Berufungsschrift, dass durch eine daktyloskopische Untersuchung eine direkte Beweisführung bzw. Widerlegung möglich gewesen wäre, kommt vor diesem Hintergrund erhöhte Bedeutung zu.

Das alles muss noch nicht zur Strafflosigkeit führen, wenn etwa der Bw. zu diesen Zigaretten sonst eine Beziehung als Mittäter hat, etwa betreffend Heranbringung, Einlagerung und „Verwaltung“ der Konterbande. Aber auch in dieser Hinsicht lässt sich kein ausreichender finanzstrafrechtlicher Vorwurf machen. Wenn man eine entsprechende Verbindung des Bw. zu den anderen in Verdacht stehenden Personen annimmt, wäre es unerlässlich gewesen, auch diese zu befragen, insbesondere die im Haus wohnenden notorischen Zigarettenhändler oder den in dieser Sache vermutlich die führende Rolle spielenden B.T. . Mit keiner dieser Personen wurde aber eine niederschriftliche Einvernahme durchgeführt.

Es liegt noch eine weitere Unzulänglichkeit vor. Es ist dem Aktenvorgang keine Information zu entnehmen betreffend die Herkunft der Zigaretten, insbesondere lässt sich nicht beurteilen, ob sie Erzeugnisse sind, die im oder außerhalb des Zollgebiets der EU hergestellt wurden. Das ist aber in finanzstrafrechtlicher Hinsicht von Belang für die Frage, welche der in § 37 Abs.1 lit.a FinStrG aufgezählten Vortaten überhaupt vorliegt bzw. in Zusammenhang damit, ob diese Zigaretten mit der Abgabe Zoll belastet sind. Bei dem zumindest denkbaren Szenarium, dass der Bw. in Polen hergestellte Billigzigaretten mitbrachte und sie in dieses Lager gelangten, wären sie über keine Außengrenze der EU gekommen, sondern nur innerhalb des Zollgebietes der Gemeinschaft kursiert, womit nicht die Vortat Schmuggel oder Verzollungsumgehung, sondern die Verkürzung von Verbrauchsteuern vorliegen würde (§§ 1 Abs.1 und 27 Abs.2 Tabaksteuergesetz). Daher ist bezüglich des Delikts Abgabenhehlerei die für ein Finanzstrafverfahren zentrale Größe, nämlich der strafbestimmende Abgabenbetrag, nicht eindeutig festgestellt.

Aus diesen Gründen liegen Ermittlungsmängel im Sinne von § 161 Abs.4 FinStrG vor und es war die Finanzstrafsache spruchgemäß zurückzuverweisen.

Wien, am 5. April 2012