



## **Berufungsentscheidung**

Der unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates, am 2. Juni 2003 in der Finanzstrafsache gegen der Bw. wegen §§ 37 Abs. 1 lit. a, 46 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) gemäß § 161 Abs. 1 FinStrG über die Berufung des Beschuldigten gegen das Erkenntnis vom 7. November 2002 des Hauptzollamtes Wien als Finanzstrafbehörde 1. Instanz, dieses vertreten durch den Amtsbefragten OR Harald Vollmer, zu Recht erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis vom 7. November 2002, SN 2001/01077-001, hat das Hauptzollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Bw. nach §§ 37 Abs. 1 lit. a, 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, weil er am 5. Oktober 2001 in Wien vorsätzlich Sachen, nämlich 1.740 Stück Zigaretten der Marke Marlboro, 3.400 Stück Zigaretten der Marke Memphis Blue, 8.200 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic, 1.200 Stück Zigaretten der Marke Memphis Lights und 3.400 Stück Zigaretten der Marke Milde Sorte, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind und hinsichtlich welcher zuvor von unbekannt gebliebenen Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols begangen worden sei, an sich gebracht und verheimlicht habe.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2 i. V. m. § 21 Abs. 1 und Abs. 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 2.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen ausgesprochen. Gemäß §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2 i. V. m. § 17 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a FinStrG wurde auf Verfall der oben angeführten Zigaretten erkannt. Gemäß § 23 Abs. 4 und Abs. 5 FinStrG wurde die vom 5. Oktober 2001, 09.30 Uhr bis 5. Oktober 2001, 15.45 Uhr in Verwahrung verbrachte Zeit auf die verhängte Geldstrafe angerechnet.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 FinStrG pauschal mit € 200,00 bestimmt.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 1. Dezember 2002, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Der Bf. habe kein Finanzvergehen begangen und sei vom Zeugen Cane Stojanovic falsch verdächtigt worden.

### ***Über die Entscheidung wurde erwogen:***

Gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Abgabenhehlerei schuldig, wer 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 § 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 § 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.

Gemäß § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG unterliegen dem Verfall die Sachen, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde, samt Umschließungen.

Gemäß § 98 Abs. 1 FinStrG kommt als Beweismittel im Finanzstrafverfahren unbeschadet des Abs. 4 alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhalts geeignet und nach der Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist.

Gemäß § 98 Abs. 3 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache erwiesen ist oder nicht; bleiben Zweifel bestehen, so darf die Tatsache nicht zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten als erwiesen angenommen werden.

In dieser Bestimmung ist der Grundsatz der freien Beweiswürdigung festgelegt. Dieser Grundsatz bedeutet, dass für den Beweis einer Tatsache allgemein der "innere Wahrheitsgehalt" der Ergebnisse ausschlaggebend ist. Bei der Feststellung dieses inneren (materiellen) Wahrheitsgehaltes hat die Behörde schlüssig im Sinne der Denkgesetze vorzugehen.

Der Bf. hat am 5. Oktober 2001 die oben angeführten drittländischen Zigaretten, die nach Österreich geschmuggelt worden waren, in der Wohnung des ZB in W, H-Gasse X deponiert.

CS gab am frühen Morgen des 5. Oktober 2001 gegenüber Organen der Bundespolizeidirektion Wien an, dass er den Bf. um ca. 07.45 Uhr beim Betreten des Hauses in W, H-Gasse mit 2 Papiereinkaufstaschen beobachtet habe. Die Einkaufstaschen seien mit mehreren Stangen Zigaretten gefüllt gewesen. Er kenne den Bf. und wisse, dass dieser Zigaretten nach Österreich schmuggle und hier verkaufe. Weiters sei ihm bekannt, dass der Bf. diese Zigaretten in seiner Wohnung und in jener des ZB lagere. Vor 2 Jahren habe er den Bf. "wegen der gleichen Sache" angezeigt.

CS sagt am 17. Oktober 2002 in der beim Hauptzollamt Wien gemäß § 135 FinStrG durchgeführten mündlichen Verhandlung anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge aus, dass er den Bf. am frühen Morgen des 5. Oktober 2001 im Stiegenhaus gesehen habe. Der Bf. habe Einkaufstaschen getragen, in denen sich "Zigarettenstangen" befunden hätten.

ZB sagte am 5. Oktober 2001 anlässlich seiner Einvernahme als Verdächtiger aus, dass er "mit den Zigaretten nichts zu tun" habe. Seine Vermutung, dass die oben angeführten Zigaretten dem Bf. gehören könnten, gründe sich darauf, dass der Bf. vor ca. 2 Jahren "Probleme mit Schmuggelzigaretten" gehabt hätte. Weiters erklärte ZB, dass das Küchenfenster in der Wohnung des ZB sich nahe der Eingangstür befinde und nie geschlossen sei; der Fensterflügel werde immer nur angelehnt. Dieser Umstand sei auch dem Bf. bekannt, der diese Wohnung daher ungehindert betreten könne.

Anlässlich seiner Einvernahme als Zeuge in der mündlichen Verhandlung hielt ZB diese Aussage aufrecht. Ergänzend sagte ZB u. a. aus, dass auch andere Personen über das unversperrte Küchenfenster informiert gewesen seien.

BB erwähnte anlässlich seiner Einvernahme am 5. Oktober 2001 ebenfalls das Küchenfenster in der Wohnung seines Cousins ZB. Wenn man dieses "angelehnte" Fenster (vom Gang aus) öffne, befinde sich die Schnalle der Wohnungstür in Griffnähe. Bei Betrachtung der Taschen, in denen sich die Zigaretten befanden, sei ihm auf einer kleineren blauen Stofftasche ein Namensetikett mit der Aufschrift "Srjan" aufgefallen. Soweit ihm bekannt sei, habe der Sohn des Bf. diesen Vornamen.

LU sagte am 5. Oktober 2001 aus, dass sie ihre Wohnung um ca. 08.15 Uhr verlassen habe. Zuvor habe der Bf. das oben angeführte Küchenfenster geöffnet und sie ersucht, dieses nicht zu schließen. Der Bf. habe sie darum gebeten, Fleisch in ihrer Kühltruhe einlagern zu dürfen. Dabei habe der Bf. in einer Hand ein Paket mit Fleisch und in der anderen Hand eine blau-rot-weiß karierte Kunststofftasche gehalten. Da der Bf. keine Kühltruhe besitze, habe sie

ihm ab und zu den Wohnungsschlüssel überlassen. Die oben angeführte blaue Tasche mit dem Namensetikett sei ihr ebenfalls aufgefallen. Der Vorname des Adoptivsohnes des Bf. laute Srjan. Sie nehme an, dass der Bf. die verfahrensgegenständlichen Zigaretten in ihre Wohnung gebracht habe, nachdem sie weggegangen sei.

In der mündlichen Verhandlung gab LU ergänzend an, dass sie die blaue Tasche vor dem 5. Oktober 2001 nicht in ihrer Wohnung gesehen habe.

Den Bestand einer von der Partei des Verwaltungsverfahrens in Abrede gestellten Tatsache im naturwissenschaftlich exakten Sinn nachzuweisen, ist der Behörde nicht aufgegeben (vgl. VwGH 19.5.1992, 91/14/0089, 0090, 0091). Vielmehr ist ein Vorgang tatsächlicher Art dann als bewiesen anzusehen, wenn die Behörde auf Grund einer aus den zur Verfügung stehenden Beweismitteln nach allgemeinen Erfahrungsgrundsätzen und den Gesetzen logischen Denkens gezogenen Schlussfolgerung zur Überzeugung gelangt ist, dass er sich so ereignet hat (vgl. VwGH 26.5.1993, 90/13/0155).

Es genügt, von mehreren Möglichkeiten jene als erwiesen anzunehmen, die gegenüber allen anderen möglichen Ereignissen eine überragende Wahrscheinlichkeit oder gar die Gewissheit für sich hat und alle anderen Möglichkeiten absolut oder mit Wahrscheinlichkeit ausschließt oder zumindest weniger wahrscheinlich erscheinen lässt (vgl. VwGH 8.9.1992, 87/14/0186).

Der Zweifelsgrundsatz bedeutet keineswegs, dass bei einander widersprechenden Aussagen der leugnenden Verantwortung des Beschuldigten zu folgen ist. Die Finanzstraßbehörde kann sich vielmehr jede Meinung bilden, die den Denkgesetzen und der Lebenserfahrung nicht widerspricht (VwGH 20.8.1996, 96/16/0147).

Es ist auch darauf hinzuweisen, dass den Beschuldigten im Verwaltungsstraßverfahren eine Mitwirkungspflicht an der Klarstellung des Sachverhaltes trifft. Diese Pflicht erfordert es, die Verantwortung nicht darauf zu beschränken, die vorgehaltenen konkreten Beweisergebnisse für unrichtig zu erklären, ohne diesen Erhebungsergebnissen ebenso konkrete Behauptungen entgegensetzen und entsprechende Beweise anzubieten (vgl. VwGH 17.9.1969, 398/64 und 21.10.1977, 436/77).

Das Wesen der Abgabenhehlerei im Sinne des § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG bzw. der Monopolhehlerei im Sinne des § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG besteht in der Aufrechterhaltung des durch die Vortat geschaffenen und somit verpönten Zustandes durch verschiedene, rechtlich gleichwertige Verfügungen über eine Sache, hinsichtlich welcher eine bestimmte Vortat begangen wurde. Insbesondere erfüllt dabei jegliche Form des Ansichbringens derartiger Sachen den Tatbestand der Hehlerei (vgl. VwGH 21.3.2002, 2002/16/0060). Darunter ist jeder Erwerb der

Gewahrsame bzw. der Verfügungsmacht zu verstehen (VwGH 7.5.1987, 87/16/0008). Verheimlichen erfordert ein Verhalten, das geeignet und dazu bestimmt ist, eine Entdeckung der geschmuggelten (etc.) Sachen durch die Abgabenbehörden zu vereiteln oder doch zu erschweren (vgl. VwGH 1.12.1987, 87/16/0131, und Fellner, Finanzstrafgesetz, Kommentar zu § 37 FinStrG Rz. 5 b).

Die Finanzstrafbehörde 1. Instanz hat ermittelt, dass die verfahrensgegenständlichen Zigaretten nicht aus dem Gemeinschaftsgebiet stammen. Der Senat erachtet es aufgrund der glaubwürdigen Aussagen der oben angeführten Personen nach freier Überzeugung im Sinne des § 98 Abs. 3 FinStrG als erwiesen, dass diese Zigaretten mit dem Makel des Schmuggels (einer der in § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG bestimmt bezeichneten Vortaten) behaftet sind und dass der Bf. diese Zigaretten an sich gebracht sowie (durch die Verbringung in die Wohnung des ZB) verheimlicht hat. Diese Zigaretten sind zugleich Monopolgegenstände. Der Bf. hat daher den objektiven Tatbestand des § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG und gleichzeitig jenen der Monopolhehlerei gemäß § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG verwirklicht.

Zum subjektiven Tatbestand ist anzuführen, dass der Vorsatz des Hehlers wenigstens bedingt die Vortat umfassen muß (VwGH 6.12.1990, 90/16/0153 und 90/16/0180).

Der Bf. ist einschlägig vorbestraft. Er wurde mit Erkenntnis des Spruchsenates beim Hauptzollamt Wien als Finanzstrafbehörde 1. Instanz vom 22. November 2000 des Finanzvergehens des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols gemäß §§ 35 Abs. 1, 44 Abs. 1 lit. b FinStrG schuldig gesprochen. Dieses Erkenntnis ist unbekämpft in Rechtskraft erwachsen. Den Aktenunterlagen, die sich auf die genannte Vorstrafe beziehen, ist auch zu entnehmen, dass die geschmuggelten Zigaretten in der Wohnung des Bf. in W, H-Gasse Y sichergestellt worden waren und dass sich der Bf. geständig verantwortet hat. Aufgrund des Umstandes, dass der Bf. die verfahrensgegenständlichen Zigaretten in der Wohnung des ZB deponiert hat und der einschlägigen Vorstrafe des Bf. steht für den Senat fest, dass der Bf. Kenntnis davon hatte, dass diese Zigaretten mit der Herkunft aus einer der in § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG bezeichneten Vortaten belastet sind.

Der Bf. war aufgrund des vorgenannten Erkenntnisses auch über das österr. Tabakmonopol informiert; das diesbezügliche Wissen ist im Übrigen Allgemeingut.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass der Bf. sowohl den objektiven als auch den subjektiven Tatbestand des Finanzvergehens der Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG verwirklicht hat.

Hat jemand durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere Finanzvergehen derselben oder verschiedener Art begangen und wird über diese Finanzvergehen gleichzeitig erkannt, so ist gemäß § 21 Abs. 1 FinStrG auf eine einzige Geldstrafe zu erkennen. Sehen die zusammentreffenden Strafdrohungen auch Freiheitsstrafen vor und wird auf diese erkannt (§ 15 Abs. 2), so ist auch eine einzige Freiheitsstrafe zu verhängen. Neben der Geldstrafe oder Freiheitsstrafe ist auf Verfall oder Wertersatz zu erkennen, wenn eine solche Strafe auch nur für eines der zusammentreffenden Finanzvergehen angedroht ist.

Gemäß § 21 Abs. 2 FinStrG ist die einheitliche Geldstrafe oder Freiheitsstrafe nach der Strafdrohung zu bestimmen, welche die höchste Strafe androht. Hängen die zusammenhängenden Strafdrohungen von Wertbeträgen ab, so ist für die einheitliche Geldstrafe die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend.

Grundlage für die Strafbemessung ist gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG die Schuld des Täters.

Bei der Bemessung der Strafe sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß (§ 23 Abs. 2 FinStrG).

Gemäß § 23 Abs. 4 FinStrG sind die verwaltungsbehördliche und die gerichtliche Verwahrung sowie die verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Untersuchungshaft 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.

Die Finanzstrafbehörde I. Instanz wertete die finanzstrafrechtliche Vorstrafe als erschwerend. Als mildernd wurde kein Umstand gewertet.

Bei Bemessung der Geldstrafe sind auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen (§ 23 Abs. 3 FinStrG).

Der Bw. ist ohne Beschäftigung, verheiratet, und bezieht einen Pensionsvorschuss von ca. € 680,00 monatlich.

Auf die tatgegenständlichen Zigaretten entfallen Eingangsabgaben (Zoll, Einfuhrumsatzsteuer, Tabaksteuer) in der Gesamthöhe von € 2.499,22. Die Bemessungsgrundlage gemäß § 44 Abs.

2 FinStrG beträgt € 2.462,23. Der Betrag von € 7.460,67 legt nach §§ 37 Abs. 2, 46 Abs. 2 FinStrG die Strafhöchstgrenze fest.

Die Festsetzung der Strafhöhe ist eine Ermessensentscheidung (VwGH 28.10.1998, 93/14/0183). Dieses Ermessen bei der Strafbemessung muss sich in den vom Gesetz gezogenen Grenzen halten. Innerhalb dieser Grenzen ist die Ermessensentscheidung unter Berücksichtigung aller in Betracht kommenden Umstände zu treffen.

Die Strafhöhe entspricht den Bestimmungen des § 23 FinStrG.

Der Verfallsausspruch nach § 17 Abs. 1 und Abs. 2 lit. a FinStrG und der Kostenausspruch nach § 185 FinStrG erfolgten ebenfalls zu Recht.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 164 FinStrG ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen 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.

### **Zahlungsaufforderung**

Die Geldstrafe, die Wertersatzstrafe und die Kosten des Finanzstrafverfahrens sind gemäß § 171 Abs. 1 und § 185 Abs. 4 FinStrG binnen eines Monats nach Rechtskraft dieser Entscheidung fällig und mittels eines gesondert zugehenden Erlagscheines auf das Postsparkassenkonto 5504006, BLZ 60000, des Hauptzollamtes Wien zu entrichten, widrigenfalls Zwangsvollstreckung durchgeführt und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bzw. der Wertersatzstrafe die Ersatzfreiheitsstrafe/n vollzogen werden müssten.

Wien, 2. Juni 2003