



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenaat 5,6,7 Wien

GZ. FSRV/0094-W/12

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenaat 7 Wien als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR. Dr. Josef Lovranich sowie die Laienbeisitzer Reinhold Haring und Mag. Christian Schmall als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen A., vertreten durch Dr. Toth Karoly Ügyed, Rechtsanwalt, HU-4024 Debrecen, Ungarn, Szent Anna u. 9. fszt., wegen der Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in Monopolrechte gemäß §§ 35 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 7. Dezember 2012 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien als Organ des Zollamtes Wien, vertreten durch RR Werner Sischka, als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 8. November 2012, Zl. a. StrNr. b., nach der am 17. April 2013 in Anwesenheit des Beschuldigten, seines Verteidigers, des Amtsbeauftragten RR Werner Sischka, der Dolmetscherin der Ungarischen Sprache Mag. Györgyi Kern sowie der Schriftführerin Diana Engelmaier durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

II. Festgestellt wird, dass das Erkenntnis des Spruchsenates des Zollamtes Wien vom 8. November 2012, Zl. a., StrafNr. b. hinsichtlich des Schuldspruches beim Berufungswerber (Bw.) in Rechtskraft erwachsen ist.

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

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

Gemäß §§ 21, 35 Abs. 4 und 44 Abs. 2 FinStrG wird über A unter Anrechnung seiner Verwahrungshaft gemäß § 23 Abs. 4 und 6 FinStrG in der Zeit vom 22. Februar 2004, 05:00 Uhr, bis 25. Februar 2004, 15:30 Uhr unter Anwendung des § 38 FinStrG und unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen des § 23 Abs. 3 FinStrG eine Geldstrafe von € 10.000,00,-- (in Worten Euro zehntausend) verhängt.

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

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

Entscheidungsgründe

Mit dem Erkenntnis vom 8. November 2012, Zl. a. , StrafNr. b., hat der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde I. Instanz nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter anderem A in seiner Abwesenheit schuldig erkannt, er habe im Zeitraum von September 2003 bis zum 22. 2.2004 im Bereich des Zollamtes Wien vorsätzlich vorschriftswidrig Waren, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 140.000 Stück Zigaretten (das sind 700 Stangen Zigaretten) verschiedener Marken drittländischer Herkunft in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht. Er habe dadurch die Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffs in die Monopolrechte nach §§ 35 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 Finanzstrafgesetz (FinStrG) begangen.

Aus diesem Grund wurde über ihn unter Anwendung des § 38 FinStrG (lit. a) wegen gewerbsmäßiger Begehung eine Geldstrafe in Höhe von € 13.000,00 unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen des § 23 Abs. 3 FinStrG mit Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Täters und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von 26 Tagen, verhängt.

Der Spruchsenat erkannte in seinem Erkenntnis gem. § 19 FinStrG bei A auf die Strafe des

Teilwertersatzes in der Höhe von € 1.000,00 und für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit gem. § 20 Abs. 1 FinstrG auf eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 1 Tag.

Gem. § 185 FinStrG wurden ihm der Ersatz der Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 500,00 und der Kosten des Strafvollzuges aufgetragen.

Zudem wurde gem. § 17 FinstrG der Verfall der am 22.2.2004 sichergestellten 338 Stangen Zigaretten ausgesprochen.

Begründend stellte der Spruchsenat fest, im Sommer habe der Beschuldigte A die Mitbeschuldigte B an der Tankstelle, an welcher er in Ungarn als Tankwart arbeitete, kennengelernt. Sie habe ihm angeboten, für sie Schmuggelfahrten mit drittländischen Zigaretten nach Österreich durchzuführen. Er sollte dafür pro Fahrt umgerechnet einen Geldbetrag von € 80,00 erhalten. Aus Geldnot und mit Gewerbsmäßigkeitabsicht habe er eingewilligt und erstmals im September 2003 von B einen PKW VW Golf mit Schmuggelzigaretten übergeben erhalten. Auftragsgemäß sei er mit diesem PKW nach Wien zu einer Garage an der ihm bekanntgegebenen Adresse gefahren, habe dort die 100 Stangen Zigaretten ausgeladen und dort von einem Mann einen Geldbetrag in Höhe von € 1.100,00 erhalten und sei danach wieder nach Ungarn zurückgekehrt, wo er B den erhaltenen Geldbetrag ausgefolgt habe. Bis zum 22. Februar 2004, als er betreten wurde, habe er insgesamt 7 derartige Fahrten unternommen, wobei die Übernehmer beziehungsweise die Übergeber der jeweils € 1.100,00 immer andere Personen gewesen seien. Der Beschuldigte A habe gewusst, dass er vorschriftswidrig drittländische Zigaretten als Gegenstände des Tabakmonopols in das Zollgebiet der Europäischen Union verbrachte. Auch habe er mit Gewerbsmäßigkeitabsicht gehandelt. Der festgestellte Sachverhalt gründe sich auf die Ergebnisse der Erhebungen des Zollamtes, die geständige und belastende Verantwortung des Beschuldigten A, dessen Angaben schlüssig und nachvollziehbar gewesen seien, und die Sicherstellung der 338 Stangen Zigaretten am 22.2.2004.

Der Spruchsenat erachtete als mildernd das Geständnis samt einen Beitrag zur Wahrheitsfindung, den bisherigen ordentlichen Lebenswandel und die Sicherstellung von Tatgegenständen und als erschwerend das Zusammentreffen zweier Finanzvergehen und die Tatwiederholung.

Bei einem Gesamtstrafrahmen in Höhe von € 91.030,01 erachtete der Spruchsenat die verhängten Strafen nach dem Verschulden des Beschuldigten als angemessen.

Zwingend sei nach § 17 FinStrG der Verfall der sichergestellten Zigaretten auszusprechen gewesen. Hinsichtlich der nicht mehr auffindbaren, vom Beschuldigten A eingestandenen Zigaretten sei gemäß § 19 FinStrG auf eine Teilwertersatzstrafe zu erkennen gewesen, weil im Zeitpunkt der Entscheidung feststand, dass ein Verfall nicht vollziehbar wäre. Der Spruchsenat

sei bei der Bemessung der Wertersatzstrafe vom inländischen Kleinverkaufspreis ausgegangen und habe auch einen allfälligen Wertersatz bei den Abnehmern berücksichtigt.

Gegen dieses, ihm am 4. Dezember 2012 zugestellte Erkenntnis richtet sich die Berufung des Beschuldigten A vom 7. Dezember 2012, in der er beantragt, ihm die Strafe(n) zu erlassen oder bedeutend zu vermindern.

Begründend führt der Berufungswerber (Bw.) im Wesentlichen aus, im angefochtenen Erkenntnis seien bei der Strafbemessung seine persönlichen Verhältnisse und seine tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht hinreichend berücksichtigt worden. Im Falle der Vollstreckung der Strafen drohe die Versteigerung seiner Wohnung, in welcher auch seine Frau und seine drei erwachsenen Kinder wohnen. Er und seine Angehörigen verdienen insgesamt ca. € 1.000,00 im Monat, womit die Darlehensraten für die Wohnung und das Auto in Höhe von € 400,00 monatlich und die Betriebskosten (Heizung, Wasser, Strom) der Wohnung in Höhe von ca. € 150,00 monatlich bezahlt werden müssten. Der Rest verbleibe für Ernährung und Bekleidung der Familie. Zuzug des Erkenntnisses des Spruchsenates müsse er 33 Prozent seines Gehaltes für die Begleichung der Strafen aufwenden, sodass ihm bis an sein Lebensende – er sei jetzt 50 Jahre alt - nur € 150,00 verbleiben.

Sein Gesundheitszustand habe sich verschlechtert; er müsse laufend Medikamente einnehmen, deren Kosten ebenfalls seinen Lebensunterhalt beeinträchtigen. Demnächst müsse er sich im Krankenhaus einer Schilddrüsenoperation unterziehen.

Der Bw. könne die bemessene Geldstrafe nicht bezahlen; ein Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe würde den Lebensunterhalt seiner Familie gefährden.

Der Bw. macht überdies die lange Verfahrensdauer als nicht berücksichtigten Milderungsgrund geltend, weil die Straftaten im Jahr 2004 und vorher begangen worden waren.

Schließlich führt der Bw. ins Treffen, dass er seit den in Rede stehenden Finanzvergehen keine Straftaten mehr begangen habe.

In der mündlichen Berufungsverhandlung zeigte sich der Bw. hinsichtlich der Begehung der Straftaten wiederum voll geständig und wiederholte dazu seine Angaben, die er im Verfahren vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz getätigt hatte. Er habe die Schmuggelfahrten im Auftrag der B unternommen. Er bereue die Finanzstraftaten und sei gewillt, den dadurch entstandenen Schaden zu begleichen. Der Bw. ersuchte unter Hinweis auf seine geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit - er verdiene monatlich als Tankstellenwart lediglich umgerechnet ca. € 250,00, wovon er die durch die Finanzstraftaten angefallenen Abgabenschuldigkeit in Raten zahlen müsse – um eine niedrigere Strafe.

Im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung wurde durch die Vorlage der Anzeige der Bundesgendarmerie, Grenzkontrollstelle Klingebach, vom 3.12.2004 und das in Rechtskraft

erwachsene Straferkenntnis des Zollamtes Wien vom 15.2.2010 durch den Amtsbeauftragten des Zollamtes Wien bekannt, dass der Bw. auch nach den verfahrensgegenständlichen Schmuggelfahrten am 3. Dezember 2004 eine weitere Schmuggelfahrt mit Zigaretten drittländischer Herkunft unternommen hat. Auch bei dieser Fahrt hat der Bw. ein auf B in Ungarn behördlich zugelassenes Fahrzeug der Marke Audi benützt hat. Dazu führte der Bw. aus, auch diese Schmuggelfahrt sei im Auftrag der B erfolgt um das Geld wieder einzubringen, das sie durch die Bezahlung der Kautions verloren hatte.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Die Bestrafung wegen eines Finanzvergehens weist immer zwei Komponenten auf, nämlich den Schuldspruch und die daran geknüpfte Auferlegung (einer oder mehrerer) Strafen. Mit dem Schuldspruch wird dem Beschuldigten die Verwirklichung eines vom Gesetz umschriebenen objektiven und subjektiven Tatbildes angelastet und mit dem Strafausspruch aufgrund dessen innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen eine Geld- und/oder Freiheitsstrafe zugemessen. Im vorliegenden Fall hat der Beschuldigte mit der Berufung vom 7. Dezember 2012 nur die Höhe der Strafen bekämpft, sodass bezüglich des Schuldspruches Teilrechtskraft eingetreten ist (z.B. VwGH 19.10.1995, 94/16/0123). Daher war der Berufungssenat an die im Erkenntnis des Spruchsenates festgestellten Fakten und die rechtliche Folgerung, dass der Bw. die Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG und des vorsätzlichen Eingriffes in die Monopolrechte nach § 44 Abs. 1 FinStrG gewerbsmäßig begangen hat, bereits gebunden und hatte dies hier nicht mehr zu beurteilen.

Die relevanten finanzstrafrechtlichen Bestimmungen sind:

Gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich des Schmuggels schuldig, wer unter anderem eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbringt.

Gemäß § 35 Abs. 4 FinStrG wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabenbetrages (dieser beträgt im vorliegenden Fall € 23.170,67) geahndet. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Gemäß § 44 Abs. 1 FinStrG macht sich des vorsätzlichen Eingriffes in Monopolrechte schuldig, wer zu seinem oder eines anderen Vorteil vorsätzlich die in den Vorschriften über das Tabakmonopol enthaltenen Gebote oder Verbote hinsichtlich des Handels mit Monopolgegenständen verletzt.

Gemäß § 44 Abs. 2 und 3 FinStrG wird der vorsätzliche Eingriff in Monopolrechte mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage geahndet. Die Bemessungsgrundlage ist für Monopolgegenstände, für die ein Kleinverkaufspreis festgesetzt ist, nach diesem (im

vorliegenden Fall beträgt dieser € 21.518,00) zu berechnen. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Gemäß § 38 Abs. 1 FinStrG ist mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, zu bestrafen, wer einen Schmuggel begeht, wobei es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung).

Der Strafraum für die Tathandlungen des Bw. beträgt demnach insgesamt € 91.030,01. Gemäß § 23 Abs. 3 und 4 FinStrG sind bei der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen (Abs. 3). Bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich (wie hier) nach einem Wertbetrag richtet, hat die Bemessung der Geldstrafe mit mindestens einem Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe zu erfolgen. Diese gesetzliche Untergrenze beträgt im vorliegenden Fall € 9.103,00. Die Bemessung einer diesen Betrag unterschreitenden Geldstrafe aus besonderen Gründen - solche sind beim Bw. nicht erkennbar - ist zulässig, wenn die Ahnung der Finanzvergehen nicht dem Gericht obliegt.

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

Gemäß § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG ist statt auf Verfall auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, dass der Verfall unvollziehbar wäre.

Gemäß § 19 Abs. 4 FinStrG ist der Wertersatz allen Personen, die als Täter, andere an der Tat Beteiligte oder Hehler vorsätzlich Finanzvergehen hinsichtlich der dem Verfall unterliegenden Gegenstände begangen haben, anteilmäßig aufzuerlegen.

Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG ist in den Fällen, in welchen auf eine Geldstrafe oder auf Wertersatz erkannt wird, zugleich die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen.

Gem. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG ist bei Zusammentreffen strafbarer Handlungen auf eine einzige Strafe zu erkennen. Hängen die zusammentreffenden Strafdrohungen von Wertbeträgen ab, so ist für die einheitliche Geldstrafe die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend.

Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters. Bei der Bemessung der Strafe sind die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen (Abs. 2 leg.cit.).

Die verwaltungsbehördliche Verwahrung ist gemäß § 23 Abs. 5 lit. a FinStrG auf die Strafe anzurechnen, wenn der Täter - wie hier der Bw. - die Haft in dem Verfahren wegen des

Finanzvergehens, für das er bestraft wird, erlitten hat, sofern die Haft nicht bereits auf eine andere Strafe angerechnet oder der Verhaftete dafür entschädigt worden ist.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG hat der Bestrafte als Beitrag zu den Kosten des Finanzstrafverfahrens einen Pauschalbetrag zu entrichten, der mit 10 von Hundert der verhängten Geldstrafe, höchstens jedoch mit € 500,00 zu bemessen ist. Gem. lit. d leg.cit. sind dem Bestraften auch die Kosten des Strafvollzuges aufzutragen.

Im Rahmen seiner Strafberufung hat der Beschuldigte im Ergebnis dahingehend argumentiert, dass bei der Strafbemessung durch den Spruchsenat seine persönlichen Verhältnisse und seine tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht hinreichend berücksichtigt worden wären.

Der Berufungssenat hat erwogen:

Der Gesamtstrafrahmen beträgt auf der Grundlage des angefochtenen Erkenntnisses € 91.030,01, die verhängte Geldstrafe demnach 14,28 Prozent des Gesamtstrafrahmens.

Bei der Strafbemessung durch den Spruchsenat wurden strafmildernd das Geständnis samt einem Beitrag zur Wahrheitsfindung, der bisherige ordentliche Lebenswandel und die Sicherstellungen und als erschwerend das Zusammentreffen von Finanzvergehen und die Tatwiederholung gewertet.

Dem Straferkenntnis der Finanzstrafbehörde I. Instanz ist nicht zu entnehmen, dass gem. § 23 Abs. 4 FinStrG die Verwahrungshaft des Bw. in der Zeit vom 22. Februar 2004, 05:00 Uhr, bis zum 25. Februar 2004, 15:30 Uhr, nämlich 3 Tage und rund 10,5 Stunden, unter Berücksichtigung der Bemessung der Ersatzfreiheitsstrafe (für je € 500,00 1 Tag, demnach für rund 3,5 Tage im Ausmaß von € 1.750,00) bei der Strafe angerechnet wurde. Dies hatte nunmehr zu erfolgen.

Zum anderen hat der Spruchsenat des Zollamtes Wien in seinem Erkenntnis bei der Strafbemessung zu Unrecht das Zusammentreffen von Finanzvergehen als erschwerend berücksichtigt. Das Zusammentreffen zweier Finanzvergehen (hier Schmuggel gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG und vorsätzlicher Eingriff in die Monopolrechte gemäß § 44 Abs. 1 FinStrG) kann nicht als besonderer Erschwerungsgrund gewertet werden, weil dieser Umstand bereits (durch die Summierung der einzelnen Strafdrohungen) die Höhe der einheitlichen Geldstrafdrohung anhebt (§ 21 Abs. 2 FinStrG) und eine Doppelverwertung strafschärfender Umstände nicht zulässig ist (OGH, 9.11.1989, 12 Os 102/89; 24.11.1992, 14 Os 136/92; 22.4.1999, 15 Os167/98; 14.3.2006, 11 Os 3/06k, 20.4.2006, 12 Os 53/05v).

Der Bw. macht auch zu Recht als zusätzlichen Milderungsgrund die überaus lange Verfahrensdauer, die nicht er zu vertreten hat, zumal die Straftaten im Jahr 2004 und vorher begangen worden waren, die Einleitung des Finanzstrafverfahrens aber erst mit Bescheid vom 6. April 2011 erfolgte und das angefochtene Erkenntnis erst am 8. November 2012, erging, geltend. Ins Leere geht aber durch die diesbezüglich gegenteilige Feststellung im Berufungsverfahren sein Begehren, auch den Umstand, dass er sich seit der Begehung der verfahrensgegenständlichen Straftaten finanzstrafrechtlich wohlverhalten habe, weil festgestellt wurde, dass er danach am 3. Dezember 2004 eine weitere Schmuggelfahrt mit Zigaretten unternommen hat.

Dem Erkenntnis ist zudem nicht explizit zu entnehmen, in welchem Maß bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönliche Leistungsfähigkeit des Beschuldigten berücksichtigt wurde. Die vom Bw. glaubwürdig dargelegte eingeschränkte finanzielle Situation und damit verbunden seine persönlichen Verhältnisse und seine überaus geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hatten nach Ansicht des Berufungssenates im angefochtenen Erkenntnis des Spruchsenates des Zollamtes Wien nicht hinreichend Berücksichtigung gefunden. Sie und der aufgezeigte zusätzliche Milderungsgrund, die Anrechnung der Vorhaft und der Entfall des von der Finanzstrafbehörde I. Instanz zu Unrecht angenommenen Erschwerungsgrundes des Zusammentreffens mehrerer Finanzvergehen rechtfertigen nach Ansicht des Berufungssenates eine Herabsetzung der Geldstrafe auf 10,99 Prozent des Gesamtstrafrahmens und der entsprechenden Ersatzfreiheitsstrafe, wie im Spruch ersichtlich, auf ein Maß, das ausreicht um dem spezial- und generalpräventiven Strafzweck zu genügen.

Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG war das Ausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe für die Geldstrafe entsprechend zu vermindern.

Der Ausspruch des Verfalles der sichergestellten Zigaretten war in den bezogenen Gesetzesbestimmungen begründet; bei der Festsetzung der anteiligen Wertersatzstrafe hat der Spruchsenat des Zollamtes gem. § 19 Abs. 4 FinstrG Mittäter einbezogen.

Bezüglich des Kostenausspruches ist festzuhalten, dass die Verfahrenskosten pauschal gemäß der zitierten Gesetzesstelle mit € 500,00 aufzuerlegen waren. Neben dieser Kostenauflegung kann es gemäß lit. d dieser Bestimmung bei Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe zur Auferlegung der Vollzugskosten kommen, was aber im Rahmen des Strafverfahrens nur programmatisch festzustellen und erst bei tatsächlichem Vollzug mit einem eigenen Bescheid festzusetzen ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17. April 2013