

## **IM NAMEN DER REPUBLIK**

Der Finanzstrafsenat Graz 4 des Bundesfinanzgerichtes hat durch den vorsitzenden Richter R1 , den Richter R2 und die fachkundigen Laienrichter L1 und L2 in der Finanzstrafsache gegen A. , Adr.1 , wegen der Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) in Verbindung mit § 38 Abs. 1 FinStrG und der Monopolhehlerei gemäß § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG über die Beschwerde des Beschuldigten vom 14.4.2015 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Graz als Organ des Zollamtes Graz als Finanzstrafbehörde vom 30. April 2013, StrLNr. a , GZ. b nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit der Beschuldigten, ihres Verteidigers B , Rechtsanwalt, und des Amtsbeauftragten C sowie der Schriftführerin D am 29. September 2015 folgendes Erkenntnis gefällt:

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben.

Gemäß §§ 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 lit. a und 46 Abs. 2 FinStrG wird unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG die Geldstrafe mit 5.000 Euro (in Worten: fünftausend Euro) und für den Fall der Uneinbringlichkeit die an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 20 FinStrG mit 14 Tagen festgesetzt.

Im Übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) unzulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Im Erkenntnis vom 21. April 2015, StrLNr. a , GZ. b. (betreffend Z ) und StrLNr. a , GZ. b (betreffend A. ) hat der Spruchsenat II beim Zollamt Graz als Finanzstrafbehörde die Beschuldigten, das Ehepaar Z und A. schuldig erkannt, sie haben in bewusster und gewollter arbeitsteiliger Zusammenarbeit und in der Absicht, sich durch wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen, im Zeitraum Dezember 2004 bis 3. Dezember 2005 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren unverzollter, unsteuerter, drittländischer Herkunft, nämlich 910 Stangen (182.000 Stück) Zigaretten

verschiedener Marken, hinsichtlich welcher zuvor durch Y sowie weitere unbekannte Täter sowohl ein Schmuggel als auch eine Hinterziehung von Verbrauchsteuern sowie ein Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols begangen worden war und hinsichtlich derer Einfuhrzoll in Höhe von € 2.096,64 sowie Tabaksteuer in Höhe von € 16.025,10 verkürzt worden waren und für welche ein Kleinverkaufspreis von € 27.300,00 festgesetzt war, von X angekauft und diese Zigaretten teils selber verbraucht und teils an bekannte und unbekannte Abnehmer unter Verrechnung eines Preisaufschlages in Graz und weiteren Örtlichkeiten der Steiermark weiter verkauft.

Dadurch hätten die Beschuldigten in Tateinheit das Finanzvergehen der Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a Finanzstrafgesetz (FinStrG) unter dem erschwerenden Umstand der Gewerbsmäßigkeit nach § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG sowie der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG verwirklicht.

Der Spruchsenat verhängte in seinem Erkenntnis über die Beschuldigten unter Bedachtnahme auf §§ 15 und 21 FinStrG gemäß § 37 Abs. 2 FinStrG, § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG und § 46 Abs. 2 FinStrG über beide Beschuldigte jeweils eine Geldstrafe in der Höhe von 10.000,00 Euro mit einer Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe im Ausmaß von 6 Wochen (das sind 42 Tage, sohin 1 Tag pro 238,10 Euro) und sprach gem. § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG den Verfall der bei den Beschuldigten beschlagnahmten Tatgegenstände, nämlich 6.440 Stück Zigaretten der bezeichneten Marken aus, und trug den Beschuldigten auf, die Kosten des Verfahrens gem. § 185 FinStrG in Höhe von jeweils € 500,00 zu entrichten.

Bei einer höchstmöglichen Geldstrafe für beide Beschuldigten nach § 37 Abs. 1 in Verbindung mit § 38 Abs. 1 sowie § 46 Abs. 2 FinStrG von € 81.665,22 beurteilte der Spruchsenat bei der Strafbemessung unter Hinweis auf die persönliche Leistungsfähigkeit und die wirtschaftlichen Verhältnisse der Beschuldigten als mildernd das umfassende reumütige und der Wahrheitsfindung dienliche Geständnis, die finanz- bzw. zollstrafrechtliche Unbescholtenheit und den ordentlichen Lebenswandel, sowie den Umstand, dass die Straftaten schon geraume Zeit zurücklagen und sich beide Beschuldigte seit diesen Vorfällen ordnungsgemäß verhalten haben. Zudem berücksichtigte der Spruchsenat bei der Strafbemessung den Umstand, dass es ohne Verschulden der Beschuldigten zu einer wesentlichen Verzögerung des Verfahrens kam, sodass auch der dazu kommende Verfahrenszeitraum zusätzlich als mildernder Aspekt hinzu zu rechnen bzw. bei der Festsetzung der Strafe mit zu berücksichtigen gewesen sei. Als erschwerend wertete der Spruchsenat keinen Umstand.

Dem Spruchsenat erschien die Geldstrafe in Höhe von jeweils € 10.000,00, das seien rund 12 Prozent der höchstmöglichen Strafhöhe, zufolge des Unrechtsgehaltes der Straftaten als gerechtfertigt.

Der Spruchsenat führte zum Bedenken der Beschuldigten, sie wären nicht in der finanziellen Lage die Strafe zu zahlen, im Erkenntnis aus, ihnen werde insoweit entgegen gekommen, dass das Erkenntnis selbst erst unter Berücksichtigung des sonstigen Arbeitsanfalles erst einige Zeit später nach der Entscheidung auszufertigen sei und die

Beschuldigten letztlich bis zur möglichen Rechtskraft des Erkenntnisses genug Zeit gehabt hätten mögliche Mittel anzusparen. Auch sei in der Verhandlung auf die Möglichkeit der Ratenzahlung hingewiesen worden.

Das von den Beschuldigten ins Treffen geführte Prinzip des Verbotes der "reformatio in peius" (das Verböserungsverbot) komme diesfalls nicht zum Tragen, wenn – wie hier – zunächst eine unzuständige Behörde entschieden hat. Die gerichtliche Zuständigkeit war durch das Urteil des OGH vom 4.3.2010, Zl. c , durch Freispruch verneint, und das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz vom 6.5.2009, Zl. d gemäß § 214 FinStrG aufgehoben worden. Das Landesgericht für Strafsachen Graz hatte im wegen Unzuständigkeit vom Obersten Gerichtshof gem. § 214 FinStrG aufgehobenen Urteil die beiden Beschuldigten jeweils zu einer Geldstrafe von € 22.000,00, im Uneinbringlichkeitsfall zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Monaten, verurteilt, hiervon € 17.000,00 unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen und den unbedingten Teil mit € 5.000,00 festgesetzt.

Der Spruchsenat habe in weiterer Folge als zuständige Behörde erstmalig entschieden, weshalb die Straffestsetzung des Landesgerichtes für Strafsachen Graz nicht übernommen werden konnte.

In der Spruchsenatsverhandlung am 30.4.2013 stellten die Beschuldigten ihre persönlichen Verhältnisse und ihre wirtschaftliche Leistungsfähigkeit wie folgt dar:

Z , geb. am 21.09.1967, österreichische Staatsbürgerin, verheiratet, Beruf Pflegehelferin und Friseurin, wohnhaft in Adr.1. , Sorgepflichten für 2 Kinder (14 und 2 Jahre), Verdienst: ca. € 1.200,00, Schulden: ca. € 40.000,00, Mietwohnung;

A. , geb. am 07.10.1961, österreichischer Staatsbürger, verheiratet, Sorgepflichten für 2 Kinder (wie bei Z ), Beruf Leasingarbeiter, wohnhaft in Adr.1. , Verdienst: ca. € 1.400,00, Miete ca. € 300,00 bis € 400,00.

Der dem Erkenntnis der Finanzstrafbehörde zugrunde gelegene Sachverhalt blieb von den Beschuldigten und vom Amtsbeauftragten der Finanzstrafbehörde unwidersprochen und beruhte auf die umfassend geständigen Angaben der Beschuldigten im strafgerichtlichen und finanzstrafbehördlichen Verfahren.

Seitens des Zollamtes Graz waren gegen den gesondert Verfolgten X Erhebungen geführt und derselbe letztlich im gerichtlichen Strafverfahren vom Landesgericht für Strafsachen Graz rechtskräftig verurteilt worden. Zwei der Abnehmer der Zigaretten seien die Beschuldigten AZ gewesen. Die beiden Beschuldigten waren sowohl im Vorverfahren, als auch im Verfahren vor dem Straflandesgericht Graz als auch in der mündlichen Spruchsenatsverhandlung geständig, die ihnen vorgeworfenen Zigarettenankäufe und -weiterverkäufe getätigt zu haben.

Sowohl die Beschuldigten als auch der Amtsbeauftragte der Finanzstrafbehörde meldeten nach der mündlichen Spruchsenatsverhandlung, in welcher das Erkenntnis mündlich

verkündet worden war, rechtzeitig das Rechtsmittel der als Beschwerde zu wertenden Berufung an.

Die beiden Beschuldigten, nicht hingegen der Amtsbeauftragte, erhoben gegen das Erkenntnis der Finanzstrafbehörde im Schreiben vom 16.4.2015 - noch vor Ergehen der schriftlichen Ausfertigung des Erkenntnisses - ergänzt durch die Eingabe vom 29.4.2015 die Beschwerde. Darin bekämpften sie ausschließlich das Ausmaß der Geldstrafen und der auferlegten Kostenersätze.

Begründend führten die Beschwerdeführer (Bf.) aus, der Spruchsenat habe die Milderungsgründe nicht entsprechend gewürdigt. Der Sachverhalt sei dem Grunde nach seit dem Jahr 2005 unbestreitbar festgestanden. Die Berücksichtigung der Verfahrensverzögerungen müsse daher zu einer spürbaren Verringerung der Strafe führen.

Der Milderungsgrund des § 34 Abs. 2 StGB der überlangen Verfahrensdauer, nämlich eine nicht zu rechtfertigende Verzögerung der Strafbehörde um mehrere Jahre, liege vor und würde auch eine Herabsenkung der Geldstrafe unter einem Zehntel im Sinne des § 23 Abs. 4 FinStrG begründen.

Das Beschleunigungsgebot gem. Artikel 6 Z 1 der Menschenrechtskonvention (MRK) verlange, dass das Strafverfahren innerhalb angemessener Frist zum Abschluss gebracht wird. Mit dem Beschleunigungsgebot soll unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten gewährleistet werden, dass der Beschuldigte nicht länger als unbedingt nötig den Belastungen ausgesetzt wird, die mit einem Strafverfahren verbunden sind. Dazu gehöre unter anderem auch die Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens sowie die mit dem Verfahren verbundenen Auswirkungen auf die private und berufliche Situation des Beschuldigten. Im gegenständlichen Fall sei durch die Verzögerung die Erhaltung des Rechtsfriedens massiv verletzt und gebrochen worden. Zudem werde - im Hinblick auf die Rüge der Bf. zur Strafhöhe eingewendet - die Notwendigkeit der spezial- und generalpräventiven Wirkung der Strafe nach Ablauf einer gewissen Zeitdauer geringer.

Der gravierende Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot erfordere die größte Zurückhaltung bei der Bemessung der Strafe oder, dass im Lichte des Artikels 6 Abs. 1 MRK überhaupt keine Strafe mehr ausgesprochen werde. Das Vorbringen im Zusammenhang mit der ins Treffen geführten Verletzung des Beschleunigungsgebotes wiederholte der Verteidiger der Bf. in der Beschwerdeergänzung vom 19.08.2015 nachdrücklich.

Dem Milderungsgrund der finanzstrafrechtlichen Unbescholtenheit sowie dem Umstand der Nikotinabhängigkeit der Bf., welche im Rahmen des § 32 StGB bei der Schulderwägung zu berücksichtigen sei, stünden – so die Äußerung der Bf. in der Beschwerde - keine erschwerenden Umstände entgegen.

Seit den strafbaren Handlungen sei ein langer Zeitraum verstrichen, in welchem sich die Bf. wohl verhalten haben, weshalb generalpräventive Überlegungen in den Hintergrund zu treten hätten.

Das angefochtene Erkenntnis habe die ungünstigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse und auch die angegriffene Gesundheit der Bf. nicht berücksichtigt. Darüber hinaus bemängelten die Bf. eine Unverhältnismäßigkeit zwischen der verhängten Geldstrafe im Ausmaß von rund 12 % der möglichen Höchststrafe von € 81.665,22 und der ausgesprochenen Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß der Hälfte der höchstmöglichen Freiheitsstrafe von 3 Monaten.

Die Bf. führten zudem neuerlich den Grundsatz des Verböserungsverbotens ins Treffen, wonach ein Kläger durch die Erhebung einer Klage nicht in eine ungünstigere Lage versetzt wird als jene, in welcher er sich ohne seine Klagserhebung befunden hätte. Die Bf. vermaßen sohin, sie dürften im nach der Aufhebung des Strafurteiles des Landesgerichtes für Strafsachen Graz durch den Obersten Gerichtshof im bei der Finanzstrafbehörde fortgesetzten Verfahren nicht schlechter gestellt werden als sie es gewesen wären, wenn sie nicht gegen das Strafurteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung beim Obersten Gerichtshof erhoben hätten. Die Berechnung einer strengeren Strafe und dann das pro forma rein rechnerische Absenken der Strafe würden dem Verböserungsverbot nicht gerecht werden.

Schließlich bemängelten die Bf. den Ausspruch des Pauschalkostenersatzes gem. § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG im Ausmaß von je € 500,00 anstatt (den zur Zeit der Begehung der Finanzvergehen in Geltung gestandenen Pauschalkostenersatzes) von je € 363,00.

Auch bei Finanzstraftdelikten müsse das Günstigkeitsprinzip zur Geltung kommen. Jahrelange Verzögerungen des Verfahrens dürften nicht dazu führen, dass dadurch ungünstigere Gesetzesbestimmungen zur Anwendung gelangen.

Die Bf. beantragten der Beschwerde Folge zu geben, die ausgesprochene Strafe angemessen herabzusetzen bzw. aufgrund der unzumutbaren Dauer des gesamten Verfahrens einzustellen und die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung.

In Ergänzung ihrer Berufungsausführungen brachten die Bf. in der Eingabe vom 29.4.2015 vor, dass jede Verlängerung des Verfahrens zu einer Begünstigung der Beschuldigten führen müsse.

Zum Verfahrensverlauf ist hinsichtlich des zeitlichen Ablaufes des Verfahrens nach der Aktenlage festzuhalten:

- Erstmaliges Einschreiten der Behörde gegen die Beschuldigten mit Aufnahme der Niederschriften als Verdächtige und Durchführung einer freiwillig gestatteten Nachschau am 15.12.2005;
- Verhandlung beim Landesgericht für Strafsachen Graz am 6.5.2009;
- Urteilsausfertigung des Landesgerichtes für Strafsachen am 29.9.2009;
- Urteil des Obersten Gerichtshofes mit Freispruch wegen Unzuständigkeit am 4.3.2010;
- Stellungnahme des Amtsbeauftragten der Finanzstrafbehörde an den Spruchsenat am 5.4.2013;
- Modifizierte Stellungnahme des Amtsbeauftragten vom 29.4.2013;

- Verhandlung beim Spruchsenat der Finanzstrafbehörde und Verkündung des Straferkenntnisses am 30.4.2013;
- Rechtsmittelanmeldungen der Beschuldigten und des Amtsbeauftragten vom 30.4.2013;
- Antrag der Beschuldigten gem. § 57 Abs. 6 FinStrG vom 3.1.2014 um Fristsetzung für die Ausfertigung des Straferkenntnisses;
- Rechtsmittelausfertigung der Beschuldigten (Strafbeschwerde gegen das mündlich verkündete Straferkenntnis) vom 16.4.2015;
- Ausfertigung des Straferkenntnisses vom 21.4.2015;
- Ergänzung der Rechtsmittelausfertigung der Beschuldigten vom 29.4.2015.

Die Finanzstrafbehörde legte die Beschwerden am 16.6.2015 dem Bundesfinanzgericht vor.

In der mündlichen Verhandlung am 29.9.2015 schilderten die Bf. ihre angespannten persönlichen wirtschaftlichen Verhältnisse, die sich bislang nicht verbessert hätten. Sie lebten nunmehr getrennt und hätten daher jeder eigene Wohnkosten zu tragen.

Der Verteidiger der Bf. verwies im Wesentlichen wiederholend auf seine Ausführungen in den Schriftsätzen.

Der Amtsbeauftragte erklärte den überlangen Verfahrensverlauf mit innerorganisatorischen Gegebenheiten in der Finanzstrafbehörde sowie mit dem Zwischenverfahren beim Straflandesgericht Graz.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

Die Bestrafung wegen eines Finanzvergehens weist immer 2 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 haben die Beschuldigten mit der Beschwerde - abgesehen von der Kostenentscheidung - jeweils nur die Höhe der verhängten Geldstrafe bekämpft, sodass bezüglich des Schuldspruches Teilrechtskraft eingetreten ist (z.B. VwGH 19.10.1995, 94/16/0123). Daher ist der Finanzstrafsenat des Bundesfinanzgerichtes an die im Erkenntnis des Spruchsenates festgestellten Fakten und die rechtliche Folgerung, dass die Bf. in Tateinheit die Finanzvergehen der Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a Finanzstrafgesetz (FinStrG) unter dem erschwerenden Umstand der gewerbsmäßigen Begehung nach § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG sowie der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen haben, indem sie in bewusster und gewollter arbeitsteiliger Zusammenarbeit und in der Absicht, sich durch wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen, im Zeitraum Dezember 2004 bis 3. Dezember 2005 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren unverzollter, unsteuerter, drittländischer Herkunft, nämlich 910 Stangen (182.000 Stück) Zigaretten verschiedener Marken, hinsichtlich welcher zuvor durch Y sowie weitere unbekannte Täter sowohl ein Schmuggel als auch eine Hinterziehung von Verbrauchsteuern sowie ein Eingriff in die

Rechte des Tabakmonopols begangen worden war und hinsichtlich derer Einfuhrzoll in Höhe von € 2.096,64 sowie Tabaksteuer in Höhe von € 16.025,10 verkürzt worden waren und für welche ein Kleinverkaufspreis von € 27.300,00 festgesetzt war, von X angekauft und diese Zigaretten teils selber verbraucht und teils an bekannte und unbekannte Abnehmer unter Verrechnung eines Preisaufschlages in Graz und weiteren Örtlichkeiten der Steiermark weiter verkauft haben, bereits gebunden und hatte dies nicht mehr zu erörtern.

Die Abgabenhehlerei wird gem. § 37 Abs. 2 bei gewerbsmäßiger Tatbegehung in Verbindung mit § 38 Abs. 1 FinStrG mit einer Geldstrafe bis zum Dreifachen des Verkürzungsbetrages an Verbrauchsteuern oder an Eingangs- oder Ausgangsabgaben geahndet (diesfalls Zoll in Höhe von € 2.096,64 und Tabaksteuer in Höhe von € 16.025,10; in Summe € 18.121,74 x 3 = € 54.365,22) und die Monopolhehlerei gem. § 46 Abs. 2 in Verbindung mit § 44 Abs. 2 FinStrG mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (Kleinverkaufspreis; diesfalls € 27.300,00) geahndet.

Hängen - wie hier – die zusammentreffenden Strafdrohungen der beiden durch eine Tat begangenen zwei Finanzvergehen von Wertbeträgen ab, so ist gem. § 21 Abs. 2 FinStrG 3. Satz für die einheitliche Geldstrafe (§ 21 Abs. 1 FinStrG) die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend. Der einheitliche Strafraum errechnete sich diesfalls daher mit € 81.665,22 Euro (€ 54.365,22 + € 27.300,00).

Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters.

Im vorliegenden Fall war das Verschulden der Bf. nicht gering. Beide handelten im bewussten und gewollten Zusammenwirken, demnach mit Vorsatz in Kenntnis der illegalen Herkunft und des illegalen Vertriebes der Zigaretten.

Gem. Abs. 2 leg.cit. sind bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. ... Die §§ 32 bis 35 StGB gelten sinngemäß.

Gem. Abs. 3 leg.cit. sind bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gem. Abs. 4 leg.cit. hat bei Finanzvergehen, deren Strafdrohungen - wie hier – sich nach einem Wertbetrag richtet, die Bemessung der Geldstrafe mit mindestens einem Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe (dies wäre diesfalls ein Betrag von € 8.166,52) zu erfolgen. Die Bemessung einer diesen Betrag unterschreitenden Geldstrafe aus besonderen Gründen ist zulässig, wenn die Ahndung der Finanzvergehen - wie hier – nicht dem Gericht obliegt.

Zweck dieser Normierung einer grundsätzlichen Mindestgeldstrafe ist es, den Tätern die strafrechtlichen Konsequenzen steuerlichen Fehlverhaltens deutlich vor Augen zu führen. Ein Unterschreiten dieser Mindeststrafe ist nur aus besonderen Gründen zulässig, wie bei einem beträchtlichen Überwiegen der Milderungsgründe gegenüber den

Erschwerungsgründen und bei fehlenden spezialpräventiven Erfordernissen und bedarf in diesem Fall einer eigenen Begründung.

Den Strafraumen in Höhe von € 81.665,22 Euro hatte die Finanzstrafbehörde mit jeweils 12,25 % ausgeschöpft.

Das Bundesfinanzgericht vermindert mit seinem Strafausspruch (jeweils € 5.000,00) die Geldstrafe auf 6,12 % des Strafraumens, womit unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse und unter Abwägung der Milderungs- und Erschwerungsgründe unter Anwendung der Bestimmung des § 23 Abs. 4 FinStrG letzter Satz die Mindestgeldstrafe, nämlich ein Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe, unterschritten wird, weil hierfür besondere Gründe, die unter anderem auch von den Bf. in ihren Beschwerden unter Hinweis auf die von den Bf. unverschuldet besonders lange Verfahrensdauer zu Recht ins Treffen geführt wurden, vorliegen.

Es wurden vom erkennenden Senat des Bundesfinanzgerichtes keine plausiblen Gründe erkannt, die es gerechtfertigt hätten, das Verfahren bei der Finanzstrafbehörde für die Bf. unzumutbar derart in die Länge zu ziehen.

Dem Aktengeschehen ist nicht zu entnehmen, weshalb es seit dem Einschreiten der Zollorgane mit den Vernehmungen der Bf. als Verdächtige mit der freiwillig gestatteten Nachschau in ihren Wohnräumlichkeiten am 15.12.2005 bis zur Verhandlung und dem Urteil beim Straflandesgericht Graz am 6.5.2009 mehr als drei Jahre, nach dem Ergehen des Urteiles des Obersten Gerichtshofes am 4.3.2010 bis zur Erstattung der (modifizierten) Stellungnahme des Amtsbeauftragten der Finanzstrafbehörde an den Spruchsenat am 29.4.2013 und der mündlichen Verhandlung mit der Verkündung des angefochtenen Erkenntnisses am 30.4.2013 wiederum mehr als drei Jahre und sodann bis zur Ausfertigung des angefochtenen Erkenntnisses am 21.4.2015 und der anschließenden Zustellung an die Bf. am 28.4.2015 weitere zwei Jahre bedurfte, sodass das Verfahren beim Straflandesgericht und bei der Finanzstrafbehörde bis zur Vorlage der Beschwerden an das Bundesfinanzgericht am 16.6.2015 rd. 9 ½ Jahre andauerte. Die diesbezügliche Erläuterungen des Amtsbeauftragten im Zuge der mündlichen Verhandlung beim Bundesfinanzgericht, wonach die Ursachen der überlangen Verfahrensdauer in innerorganisatorischen Gegebenheiten der Finanzstrafbehörde sowie im Zwischenverfahren beim Straflandesgericht Graz lägen, vermochten einen berücksichtigungswürdigen Milderungsgrund nicht zu schmälern, zumal die von der belangten Finanzstrafbehörde ins Treffen geführten Umstände nicht von den Bf. beeinflusst wurden.

Der einer Bestrafung innewohnende generalpräventive Aspekt, also die Abschreckungswirkung einer Strafe gegenüber potentiellen weiteren Tätern, blieb zwar aufrecht. Die spezialpräventive Wirkung einer Strafe, die Täter von der Begehung weiterer Straftaten abhalten soll, ging im Falle der Bf. durch den extrem langen Zeitablauf seit der an sich umfassend geständigen Verantwortung der Bf. bereits am 15.12.2005 hingegen unter Berücksichtigung des Umstandes, dass sich die Bf. seit der Tathandlungen wohl verhalten haben, weitgehend verloren.



Der Finanzstrafsenat des Bundesfinanzgerichtes erachtet das Beschwerdevorbringen als gerechtfertigt, wonach das Beschleunigungsgebot gem. Artikel 6 Z 1 der Menschenrechtskonvention (MRK) verlangt, dass das Strafverfahren innerhalb angemessener Frist zum Abschluss gebracht werden muss. Mit dem Beschleunigungsgebot soll unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten gewährleistet werden, dass der Beschuldigte nicht länger als unbedingt nötig den Belastungen ausgesetzt wird, die mit einem Strafverfahren verbunden sind. Dazu gehören unter anderem auch die Ungewissheit über den Ausgang des Verfahrens sowie die mit dem Verfahren verbundenen Auswirkungen auf die private und berufliche Situation des Beschuldigten. Im gegenständlichen Fall wurde durch die Verzögerung die Erhaltung des Rechtsfriedens massiv verletzt und gebrochen. Zudem wurde - im Hinblick auf die Rüge der Bf. zur Strafhöhe eingewendet - die Notwendigkeit der spezialpräventiven Wirkung der Strafe nach Ablauf der langen Verfahrensdauer immer geringer.

Bereits der gravierende Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot erforderte die größte Zurückhaltung bei der Bemessung der Geldstrafe.

Als mildernd wertet der Finanzstrafsenat des Bundesfinanzgerichtes ebenso wie der Spruchsenat der Finanzstrafbehörde die finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit und den ordentlichen Lebenswandel, die als Geständnis aufzufassende Verantwortung des Beschuldigten, und ebenfalls als erschwerend nichts. Es war daher durch das Vorliegen erheblicher Milderungsgründe und das Fehlen von Erschwerungsgründen sowie den Umstand, dass spezialpräventive Gründe für eine Bestrafung weitestgehend entfallen, das Unterschreiten der Mindestgeldstrafe hinreichend begründet.

Keine Berücksichtigung als Milderungsgrund konnten einerseits der Verweis der Bf. auf ihre Nikotinsucht finden, zumal die zur Befriedigung der angesprochenen Sucht erforderlichen Tabakwaren auf legalem Weg beschafft werden können, die Bf. demnach nicht auf die illegale Verhehlung von Schmuggelwaren angewiesen gewesen wären, um ihre Nikotinsucht zu bedienen.

Die Hinweise des Spruchsenates im angefochtenen Erkenntnis auf die geäußerten Bedenken der Bf., sie wären nicht in der finanziellen Lage die verhängte Strafe zu zahlen, ihnen werde insoweit entgegen gekommen, dass das Erkenntnis der Finanzstrafbehörde selbst erst unter Berücksichtigung des sonstigen Arbeitsanfalles einige Zeit später nach der Entscheidung auszufertigen sei und die Beschuldigten letztlich bis zur möglichen Rechtskraft des Erkenntnisses genug Zeit gehabt hätten mögliche Mittel anzusparen, sowie auf die Möglichkeit der Ratenzahlung, erscheinen nicht geeignet, das Ausmaß der verhängten Geldstrafe zu rechtfertigen. Derartige Überlegungen rechtfertigen weder strafrechtlich relevante Erschwerungs- oder Milderungsgründe, noch berücksichtigen sie die tatsächliche persönliche Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bestraften zu entscheidungswesentlichen Zeitpunkten.

Dem Erkenntnis des Spruchsenates war nicht explizit zu entnehmen, in welchem Maß bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche

Leistungsfähigkeit der Beschuldigten, die sich nicht verbessert haben, berücksichtigt wurden. Die von den Bf. in ihren Beschwerden glaubwürdig dargelegte eingeschränkte finanzielle Situation und damit verbunden ihre persönlichen Verhältnisse und ihre geringe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hatten nach Ansicht des Finanzstrafsenates des Bundesfinanzgerichtes im angefochtenen Erkenntnis des Spruchsenates des Zollamtes Graz nicht hinreichend Berücksichtigung gefunden. Sie und der aufgezeigte besonders zu berücksichtigende Milderungsgrund der überlangen Verfahrensdauer rechtfertigen nach Ansicht des Berufungssenates eine Herabsetzung der Geldstrafe auf das aufgezeigte Ausmaß und der entsprechenden Ersatzfreiheitsstrafe, wie im Spruch ersichtlich, auf ein Maß, das gerade noch ausreicht um dem verbliebenen generalpräventiven Strafzweck zu genügen.

Zum von den Bf. ins Treffen geführten Verböserungs- oder Verschlimmerungsverbot war festzuhalten:

Gem. § 54 Abs. 5 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde - wie hier geschehen - das Finanzstrafverfahren fortzusetzen, wenn ..... das gerichtliche Verfahren rechtskräftig durch eine Entscheidung, die auf die Ablehnung der Zuständigkeit beruht (Unzuständigkeitsentscheidung) beendet wird; einer Bestrafung darf aber kein höherer strafbestimmender Wertbetrag zugrunde gelegt werden, als er der finanzstrafbehördlichen Zuständigkeit entspricht.

Gem. § 161 Abs. 3 FinStrG erster Satz ist eine Änderung des angefochtenen Erkenntnisses (im Rechtsmittelverfahren; siehe Überschrift vor § 161: "3. Entscheidungen über Beschwerden") zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten nur bei Anfechtung durch den Amtsbeauftragten zulässig.

Mit dem Freispruch durch den Obersten Gerichtshof wegen Unzuständigkeit des Landesgerichtes für Strafsachen Graz wurde diesfalls das Finanzstrafverfahren durch ein anderes, nämlich das finanzstrafbehördliche Strafverfahren mit der einzigen verbliebenen Einschränkung des § 54 Abs. 5 FinStrG fortgesetzt. Die Finanzstrafbehörde hat keinen höheren strafbestimmenden Wertbetrag der Bestrafung zugrunde gelegt, als er der finanzstrafbehördlichen Zuständigkeit entsprach (siehe dazu VwGH 14.6.1984, 84/16/0074, 0075; 26.1.1993, 93/14/0164; 22.2.1995, 94/13/0270; 26.11.2002, 99/15/0154).

Abgesehen davon wäre für das Bundesfinanzgericht nicht erkennbar gewesen, worin das von den Bf. ins Treffen geführte Verschlimmerungs- oder Verböserungsverbot bestanden hätte.

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem Erkenntnis vom 18.10.1984, Zl. 83/15/0161 unter Verweis auf die Lehre (Dorazil-Harbach-Reichel-Kropfitsch, a.a.O., S. 499, und Sommergruber, a.a.O., S. 699 und 700) ausgeführt, dass das im § 161 Abs 3 FinStrG festgelegte Verbot der reformatio in peius nicht gilt, wenn zunächst eine unzuständige Behörde entschieden hat und das Erkenntnis deshalb aufgehoben wurde.

Das Bundesfinanzgericht kann nicht erkennen, dass diese Rechtsprechung des VwGH nicht auch – wie hier – für Fälle gelten sollte, in denen zunächst ein unzuständiges

Strafgericht entschieden hat und das betreffende Urteil deshalb aufgehoben und in der Folge das Verfahren von der zuständigen Finanzstrafbehörde fortgesetzt wurde.

Im durch Freispruch aufgehobenen und aus dem Rechtsbestand genommenen strafgerichtlichen Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz waren die Bf. mit einer Geldstrafe von je € 22.000,00 (bedingt mit einer Probezeit von 3 Jahren je € 17.000,00, unbedingt je € 5.000,00), im Uneinbringlichkeitsfall mit einer Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Monaten, im angefochtenen Erkenntnis hingegen mit jeweils einer niedrigeren Geldstrafe, nämlich mit je € 10.000,00 und einer Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Wochen belastet worden. Zudem wäre eine gerichtliche Strafe mit einer verwaltungsbehördlichen Strafe in der Gesamtwirkung nicht vergleichbar. Die Bestraften wären nach einer gerichtlichen Verurteilung gerichtlich vorbestraft, im Falle der Bestrafung durch die Finanzstrafbehörde lediglich mit einer verwaltungsbehördlichen Vorstrafe behaftet.

Eine bedingte Strafnachsicht gem. § 26 FinStrG findet nur im gerichtlichen, nicht aber im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren Anwendung. Damit ist im gegenständlich verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren, das durch das Bundesfinanzgericht überprüft werden kann, eine bedingte Strafnachsicht nicht möglich. Der diesbezüglich angestellte Vergleich mit dem Strafurteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz war daher nicht zulässig.

Jedenfalls ist durch das nunmehr durch das vom Bundesfinanzgericht ausgesprochene Strafmaß auch rechnerisch kein Unterschied mehr in der Strafhöhe ausgewiesen.

Gem. § 20 Abs. 1 FinStrG ist in den Fällen, in denen auf eine Geldstrafe oder auf Wertersatz erkannt wird, zugleich die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Gem. Abs. 2 leg.cit. zweiter Halbsatz dürfen die Ersatzfreiheitsstrafen bei Finanzvergehen, deren Ahndung in den Fällen des § 58 Abs. 2 lit. a (Zuständigkeit eines Spruchsenates als Organ der Finanzstrafbehörde zufolge Erreichen bestimmter strafbestimmender Wertbeträge) dem Spruchsenat vorbehalten ist, das Höchstmaß von je drei Monaten nicht übersteigen.

Wenn die Bf. nach ihrem Beschwerdevorbringen eine Unverhältnismäßigkeit zwischen der verhängten Geldstrafe im Ausmaß von rund 12 Prozent der möglichen Höchststrafe von € 81.665,22 und der ausgesprochenen Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß der Hälfte der höchstmöglichen Freiheitsstrafe (gemeint ist offensichtlich das Ausmaß der höchstmöglichen Ersatzfreiheitsstrafe von drei Monaten bei Fällen des § 58 Abs. 2 lit. a FinStrG, deren Ahndung dem Spruchsenat vorbehalten ist) von 3 Monaten orten, ist festzustellen:

Für die Umrechnung von Geld- und Wertersatzstrafen ist im Gesetz kein fester Schlüssel vorgesehen. Die Umrechnung fällt in das Ermessen des Richters bzw. des Organs der Finanzstrafbehörde, wobei jedoch insbesondere die Bestimmungen des § 23 FinStrG über die Strafbemessung zu beachten sind. Bei der Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe war daher ebenso wie bei der Bemessung jeder anderen Freiheitsstrafe auf die Umstände des Einzelfalles, wie insbesondere auf das Ausmaß der Schuld Bedacht zu nehmen (VwGH 25.10.2006, 2006/15/0223). Wie dargelegt, wog das Verschulden der Bf. bei

ihren Tathandlungen schwer. § 20 Abs. 2 FinStrG legt kein numerisches Verhältnis von Geldstrafen und Ersatzfreiheitsstrafen fest (OGH 23.4.2008, 13 Os 34/08m). Angesichts dessen, dass nach dem FinStrG das Höchstmaß von Geldstrafen vom strafbestimmenden Wertbetrag abhängt und sonst nicht begrenzt ist, während das Höchstmaß von Ersatzfreiheitsstrafen unabhängig vom strafbestimmenden Wertbetrag limitiert ist, ergibt sich im Bereich des FinStrG kein zahlungsmäßig festzulegendes Verhältnis von Geld- und Ersatzfreiheitsstrafen (siehe Fellner, Kommentar zum Finanzstrafgesetz, Band I, 6. Auflage, Rz 8 zu § 20 FinStrG; dort OGH 7.4.2005, 15 Os 31/04). Dem Gesetz lässt sich sohin nicht entnehmen, dass innerhalb der gesetzlichen Mindest- und Höchstsätze ein bestimmtes Verhältnis zwischen Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe bestehen müsste (VwGH 10.3.1987, 86/18/0206).

Das Bundesfinanzgericht hatte daher selbständig das Ausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe unter Bedachtnahme der Umstände des vorliegenden Einzelfalles, insbesondere auf das Ausmaß der Schuld festzulegen, ohne die extensiv von den Bf. aufgezeigte und ins Treffen geführte Unverhältnismäßigkeit zwischen verhängter Geldstrafe im Verhältnis zur höchstmöglichen Geldstrafe und verhängter Ersatzfreiheitsstrafe im Verhältnis zum Höchstmaß der Ersatzfreiheitsstrafe exakt berücksichtigen zu müssen. Die Ersatzfreiheitsstrafe im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe war dem Strafzweck entsprechend anzupassen und errechnete sich durch Umlegung eines Betrages von 357,14 Euro pro Tag und war daher mit je 14 Tagen zu begrenzen.

Gem. § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG umfassen die vom Bestraften zu ersetzenden Kosten einen Pauschalbetrag als Beitrag zu den Kosten des Finanzstrafverfahrens (Pauschalkostenbeitrag); dieser Beitrag ist mit 10.v.H. der verhängten Geldstrafe zu bemessen; ... ; der Pauschalbetrag darf in der ab 1.1.2011, demnach zum Zeitpunkt des Ergehens des angefochtenen Erkenntnisses geltenden Fassung 500 Euro und durfte bis zu der bis 31.12.2010, demnach im Zeitraum der Tathandlungen, geltenden Fassung 363 Euro nicht übersteigen.

Bezüglich des Kostenausspruches ist festzuhalten, dass die Verfahrenskosten keinen Strafcharakter haben und daher nicht dem Günstigkeitsvergleich zugänglich wären. Sie waren daher entsprechend der unverändert gebliebenen Bestimmung des § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG als Pauschalbetrag mit 10 von Hundert der verhängten Geldstrafe - wie im angefochtenen Erkenntnis - mit je € 500,00 zu belassen.

Aus den dargestellten Erwägungen war spruchgemäß zu entscheiden.

### **Zur Zulässigkeit der Revision**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Graz, am 29. September 2015