



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Feldkirch
Finanzstrafsenat 3

GZ. FSRV/0002-F/13

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 3 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 Mag. Patricia Kathan-Simma und Mag. Norbert Metzler als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Mag.X, geb. xxxx, whft. XXX, vertreten durch Mag. Klemens Mayer, Mag. Stefan Herrmann, Rechtsanwälte, 1030 Wien, Baumannstraße 9/8, wegen des Finanzvergehens des Schmuggels gemäß § 35 Abs. 1 lit. a 1. Fall des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 21. Dezember 2012 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates I beim Zollamt Feldkirch Wolfurt als Organ des Zollamtes Feldkirch Wolfurt als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 30. November 2012, StrNr. 900/2011/00525-001, nach der am 14. März 2013 in Abwesenheit des Beschuldigten sowie dessen Verteidigers, jedoch in Anwesenheit des Amtsbeauftragten HR Mag. Harald Zlimnig sowie des Schriftführers Mag. Erwin Amann

zu Recht erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 30. November 2012, StrNr. 900/2011/00525-001, hat der Spruchsenat I als Organ des Zollamtes Feldkirch Wolfurt als Finanzstrafbehörde erster Instanz den

Beschuldigten Mag.X nach § 35 Abs. 1 lit. a 1. Fall FinStrG für schuldig erkannt, weil er am 6. September 2011 anlässlich der Einreise beim Zollamt Feldkirch Wolfurt, Zollstelle Höchst, eine eingangsabgabepflichtige Ware, nämlich eine Damenhandtasche der Marke "SAC Birkin", auf welcher Eingangsabgaben iHv. € 1.770,37 lasteten, vorsätzlich unter Verletzung der zollrechtlichen Gestellungs- und Anmeldepflicht in das Zollgebiet der Europäischen Gemeinschaft (EU) verbracht und dadurch das Finanzvergehen des Schmuggels begangen hat.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß § 35 Abs. 4 iVm. § 21 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 1.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von sieben Tagen ausgesprochen.

Darüber hinaus wurde über ihn gemäß § 17 Abs. 6 iVm. § 19 Abs. 5 FinStrG eine Wertersatzstrafe iHv. € 3.500,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 20 Tage) verhängt.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 100,00 bestimmt.

Aus den dem Berufungssenat vorliegenden Akten ergibt sich, dass der Beschuldigte am 6. September 2011 bei der Fa. Hermes (Suisse), Bahnhofstr. 28A, 8001 Zürich, eine Handtasche (Modell Sac Birkin) zum Preis von CHF 9.100,00 gekauft hat. Anlässlich der Einreise in das Zollgebiet der Europäischen Union, die über das österreichische Zollamt Feldkirch Wolfurt, Zollstelle Höchst, erfolgte, erklärte er trotz Befragung durch den österreichischen Zollbeamten die zuvor bei der Schweizer Ausgangszollstelle Unterrhein / St. Margarethen aus der Schweiz ausgeführte Tasche nicht. Er verneinte die Frage des österreichischen Zollbeamten nach mitgeführten Waren im Wert von mehr als € 300,00, obwohl er unmittelbar zuvor zum Zwecke der Refundierung der in der Schweiz entrichteten Mehrwertsteuer die Tasche beim Schweizer Zollamt erklärt und vom Schweizer Zollbeamten auf die anlässlich der Einreise in die EU erforderliche Zollbehandlung der Tasche aufmerksam gemacht worden ist.

Begründend wurde im Erkenntnis ausgeführt, dass der Beschuldigte den Zollbeamten zunächst durch die Angabe, er komme gerade aus Frankreich und habe die Tasche dort erworben, darüber täuschen wollte, dass er diese in Zürich gekauft habe. Er habe auch nicht überzeugend vorgebracht, dass er auf die Deklaration der Tasche aus zeitlichen und emotionalen Gründen vergessen habe, obwohl er nur kurze Zeit zuvor beim Schweizer Zollamt die Ausfuhr der Ware amtlich bestätigen habe lassen.

Bei der Strafzumessung nahm der Erstsenaat als mildernd die bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit an; erschwerend wurde kein Umstand angenommen.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 21. Dezember 2012, die mit Schriftsatz vom 14. Februar 2013 auf eine Berufung ausschließlich gegen die Höhe der verhängten Geld- und Wertersatzstrafe eingeschränkt wurde.

Inhaltlich wurde ausgeführt, dass die verhängte Geldstrafe iHv. € 1.000,00 deutlich zu hoch bemessen worden sei. Der Spruchsenat als Finanzstrafbehörde erster Instanz hätte bei richtiger rechtlicher Beurteilung der vorliegenden Milderungsgründe mit einer geringeren Geldstrafe das Auslangen finden müssen.

Insbesondere hätte die Unbescholtenheit und der bisherige tadellose Lebenswandel des Beschuldigten berücksichtigt werden müssen. Der Beschuldigte sei zuletzt einen erheblichen Zeitraum arbeitslos gewesen und erst wieder seit kurzem erwerbstätig. Er sei aufgrund der langen Arbeitslosigkeit gezwungen gewesen, erhebliche Teile seiner Rücklagen und Ersparnisse zur Finanzierung seiner Lebenserhaltungskosten anzugreifen. Seine angespannte finanzielle Situation und der Umstand, dass das Verfahren bereits mehr als ein Jahr dauere, hätte bei der Bemessung der Höhe der Geldstrafe Berücksichtigung finden müssen.

Außerdem wäre der Berufungswerber, der möglicherweise eine selbständige Tätigkeit aufnehmen werden müsse, nach [§ 13 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994](#) für einen Zeitraum von fünf Jahren von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen, sollte es bei der vom Erstsenaat verhängten Geldstrafe in Höhe von € 1.000,00 bleiben. Um den Berufungswerber nicht in seinem weiteren Fortkommen unnötig und ungerechtfertigt zu belasten, wäre eine Geldstrafe von weniger als € 726,00 zu verhängen gewesen. Wegen eines einmaligen Verstoßes gegen das Finanzstrafgesetz bei der Einfuhr einer als Geschenk gedachten Handtasche die Ausübung eines Gewerbes für die nächsten fünf Jahre unmöglich zu machen, würde sich als übertriebene Härte darstellen, zumal der vom Berufungswerber gesetzte Verstoß in keinerlei Zusammenhang mit seiner gewerblichen Tätigkeit stehe.

Zur Wertersatzstrafe sei auszuführen, dass im Spruch des Erkenntnisses diese mit € 3.500,00 festgesetzt worden ist, während in der Begründung des Erkenntnisses von einer Wertersatzstrafe in Höhe von € 1.500 ausgegangen werde. Der Widerspruch zwischen Spruch und Begründung des Erkenntnisses belaste dieses mit Rechtswidrigkeit des Inhalts, wie dies

auch der Verwaltungsgerichtshof in den Entscheidungen 88/14/0077 und 92/15/0128 festgestellt habe.

Der Spruchsenat habe offensichtlich eine Wertersatzstrafe gemäß § 17 Abs. 6 iVm. § 19 Abs. 5 FinStrG iHv. € 1.500,00 sowie im Falle der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe iHv. 14 Tagen verhängt und dies im Spruch fälschlich wiedergegeben.

Die Berufung des Beschuldigten richtet sich ausschließlich gegen die Höhe der vom Spruchsenat verhängten Geld- und Wertersatzfreiheitsstrafe. Der Schuldspruch ist im gegenständlichen Finanzstraffall mangels einer Bekämpfung im Rechtsmittelweg bereits in Rechtskraft erwachsen.

Zu der am 14. März 2013 anberaumten mündlichen Verhandlung sind weder der Beschuldigte noch der Verteidiger erschienen. Gemäß §§ 157 iVm. 126 FinStrG wurde die mündliche Berufungsverhandlung in Abwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers durchgeführt.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Bei der Ausfertigung durch den Spruchsenatsvorsitzenden wurde irrtümlich in der Begründung des Erkenntnisses die Höhe der festgesetzten anteiligen Wertersatzstrafe mit € 1.500,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 14 Tage) angeführt. Aus dem Spruch des Erkenntnisses sowie aus der Niederschrift über die abgehaltene mündliche Verhandlung vor dem Spruchsenat am 30. November 2012 ergibt sich jedoch ohne Zweifel, dass die anteilige Wertersatzstrafe mit € 3.500,00 (Ersatzfreiheitsstrafe 20 Tage) festgesetzt worden ist. Es handelt sich daher nicht um eine inhaltliche Rechtswidrigkeit, sondern lediglich um einen Ausfertigungsfehler.

Wie bereits oben dargestellt, richtet sich die Berufung des Beschuldigten ausschließlich gegen die Strafbemessung. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist daher die Frage der Höhe der verhängten Geld-, Wertersatz- und Ersatzfreiheitsstrafe.

Hinsichtlich des Ausspruches der Schuld ist somit Teilrechtskraft eingetreten: Erwächst der Schuldspruch der Finanzstrafbehörde erster Instanz mangels Bekämpfung in (Teil-)Rechtskraft, so ist er nicht mehr Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens. Die Rechtsmittelbehörde ist vielmehr an diesen Schuldspruch gebunden.

Gemäß [§ 35 Abs. 1 lit. a FinStrG](#) macht sich des Schmuggels schuldig, wer eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet oder aus einer

Freizone oder einem Freilager in einen anderen Teil des Zollgebietes verbringt oder der zollamtlichen Überwachung entzieht.

Gemäß § 35 Abs. 4 leg. cit. wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabenbetrages geahndet. Neben der Geldstrafe ist nach Maßgabe des § 15 FinStrG auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu erkennen. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 FinStrG zu erkennen.

Gemäß [§ 17 Abs. 2 lit. a FinStrG](#) unterliegen dem Verfall diejenigen Sachen, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde (im gegenständlichen Fall: die geschmuggelte Handtasche) samt Umschließungen.

Gemäß [§ 19 Abs. 1 lit. c FinStrG](#) ist in den Fällen des [§ 17 Abs. 6 FinStrG](#) statt auf Verfall auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen.

Gemäß [§ 19 Abs. 3 FinStrG](#) entspricht die Höhe der Wertersatzes dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten. Laut gegebener Aktenlage beträgt der gemeine Wert der durch den Beschuldigten geschmuggelten Handtasche € 9.271,90 (Kaufpreis: CHF 9.100,00 abzüglich CHF 546,00 MWSt ergibt CHF 8.554,00 (umgerechnet € 7.501,53 + € 1.770,37 (Zoll/EUSt) = € 9.271,90)

Stünde dieser Wertersatz (€ 9.271,90) zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, ist gemäß Abs. 5 leg. cit. von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen.

Gemäß [§ 23 Abs. 1 FinStrG](#) ist die Grundlage für die Strafbemessung die Schuld des Täters.

Gemäß [§ 23 Abs. 2 und 3 FinStrG](#) sind bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Dabei ist darauf Bedacht zu nehmen, ob die Verkürzung oder der Abgabenausfall endgültig oder nur vorübergehend hätte eintreten sollen. Im Übrigen gelten die [§§ 32 bis 35 Strafgesetzbuch](#) (StGB) sinngemäß. Bei Bemessung der Geldstrafe sind auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters berücksichtigen.

Gemäß [§ 23 Abs. 4 FinStrG](#) hat bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich nach einem Wertbetrag richtet, die Bemessung der Geldstrafe mit mindestens einem Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe zu erfolgen. Die Bemessung einer diesen Betrag unterschreitenden Geldstrafe aus besonderen Gründen ist zulässig, wenn die Ahndung der Finanzvergehen nicht dem Gericht obliegt.

Gemäß [§ 35 Abs. 4 FinStrG](#) wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabenbetrages geahndet.

Der vom Gesetzgeber im gegenständlichen Fall angedrohte Strafraum, innerhalb dessen die Geldstrafe auszumessen ist, beträgt demnach € 1.770,37 x 2 = € 3.540,74.

Argumente, welche lediglich bei der Ausmessung der Geldstrafe oder vice versa bei Ausmessung der Wertersatzstrafe zur Anwendung gelangten, sind der gegebenen Aktenlage und auch dem Vorbringen der Parteien nicht zu entnehmen.

Hielten sich bei einem durchschnittlichen Verschulden die Milderungs- und Erschwerungsgründe die Waage und ebenso durchschnittlichen wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnissen des Beschuldigten ergäbe sich somit ein Ausgangswert für die Verhängung der Geldstrafe von gerundet € 1.750,00.

Als mildernd erweisen sich die bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit, die geständige Verantwortung sowie die Schadensgutmachung; erschwerend war kein Umstand.

Hinsichtlich seiner Einkommens- und Vermögensverhältnisse hat es der eine Luxusdamenhandtasche schmuggelnde Beschuldigte vermieden, konkrete ziffernmäßige Angaben zu machen (siehe seine Befragung beim Zollamt am 6. September 2011: "Einkommens- und Vermögensverhältnisse nach Angabe: keine Angaben"), wohl aber hat er erklärt, seit 1. September 2011 arbeitslos zu sein (siehe die zitierte Befragung).

Hinsichtlich seines Vorlebens siehe bspw. eine Presseaussendung "XXXXX" vom xx. xxx 2009: "XXXXX"

Hinsichtlich seiner nachfolgenden beruflichen Betätigung sei bspw. auf eine Presseaussendung der F Group vom yy. yyy2012 verwiesen:

"XXXXX"

Offensichtlich ist Mag.X im Handel im gehobenen Management tätig, woraus sich auch eine überdurchschnittliche Einkommenslage ergibt.

Zu verhängende Vermögensstrafen sind diesem Umstand anzupassen, um im Vergleich zum Durchschnittsmaß adäquate Sanktionsübel festzulegen.

In Abwägung der obigen Argumente hätte daher der Berufungssenat im Falle einer möglichen Straferhöhung (welcher aber mangels einer Berufung des Amtsbeauftragten das

Verböserungsverbot nach [§ 161 Abs. 3 FinStrG](#) entgegensteht) die Geldstrafe mit € 1.500,00, das wären 42,36 % des Strafrahmens, bemessen.

Die tatsächlich verhängte Geldstrafe hat aber ohnehin nur € 1.000,00, das sind 28,24 % des Strafrahmens, betragen.

Dem vom Verteidiger des Beschuldigten unter Hinweis auf die Bestimmung des [§ 13 Abs. 2 Gewerbeordnung 1994](#) vorgebrachten Einwand, der Beschuldigte würde durch die Verhängung einer Geldstrafe von € 1.000,00 für einen Zeitraum von fünf Jahren von der Ausübung eines Gewerbes ausgeschlossen ist, ist zu entgegnen, dass der Beschuldigte derzeit kein Gewerbe ausübt, sondern in gehobener Position in einem großen Handelskonzern tätig ist. Der Ausschluss von der Ausübung eines Gewerbes wäre daher nur eine rein theoretische Annahme für den Fall, dass er wieder arbeitslos werden würde. Genauso gut wäre es möglich, dass der Beschuldigte aufgrund besonderer Bonuszahlungen und dergleichen für die Zukunft weit überdurchschnittliches Vermögen anzuhäufen vermag, womit bei einem Eingehen auf derartige hypothetische Überlegungen eine noch höhere Geldstrafe festzusetzen gewesen wäre.

Im Übrigen ist auf die Bestimmung des [§ 26 Abs. 1 der Gewerbeordnung 1994](#) hinzuweisen, wonach die Behörde im Falle des Ausschlusses von der Gewerbeausübung gemäß § 13 Abs. 1 oder 2 die Nachsicht von diesem Ausschluss zu erteilen hat, wenn nach der Eigenart der strafbaren Handlung und nach der Persönlichkeit des Verurteilten die Begehung der gleichen oder einer ähnlichen Straftat bei Ausübung des Gewerbes nicht zu befürchten ist.

Auf die Ausmessung der Geld- und Wertersatzstrafe hat die rein theoretische Möglichkeit eines allfälligen zukünftigen, wohl auch bei Vorliegen der Gegebenheiten nicht zur Wirkung gelangenden Gewerbeausschlusses des Beschuldigten daher keinen relevanten Einfluss, zumal die tatsächlich ausgesprochenen Strafen – wie dargelegt – durchaus zu milde ausgefallen sind.

Gemäß § 35 Abs. 4 iVm. § 17 Abs. 6 und [§ 19 Abs. 5 FinStrG](#) ist anstelle des vollen Wertersatzes lediglich auf einen Teilbetrag zu erkennen oder von einer Vorschreibung des Wertersatzes gänzlich abzusehen, wenn der Wertersatz zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis steht.

In Anbetracht der obgenannten, zu Gunsten des Beschuldigten sprechenden Umstände hat der Ersten Senat zu Recht die Vorschreibung des vollen Wertersatzbetrages in Höhe von € 9.271,90 für unangemessen erachtet.

Unter Bedachtnahme auf die aufgezeigten Milderungs- und Erschwerungsgründe und der beschriebenen Einkommenslage wäre daher nach Ansicht des Unabhängigen Finanzsenates in gesamthafter Würdigung der obigen Argumente eine Wertersatzstrafe in Höhe von gerundet € 3.900 (42,36 %) zu verhängen gewesen.

Der Erstsenaat hat aber auch die Wertersatzstrafe lediglich mit € 3.500,00 (= 37,75 % des Strafrahmens) festgesetzt, sodass auch insoweit für den Berufungssenaat kein Anlass bestanden hat, dem Berufsungsbegehren zu entsprechen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Feldkirch, am 14. März 2013