

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Feldkirch 3 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Richard Tannert, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Gerald Daniaux sowie die Laienbeisitzer Claus Haberkorn und Gerd Dörflinger als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen E, vertreten durch die Hopmeier & Wagner Rechtsanwälte OEG, Rathausstraße 15, 1010 Wien, wegen Schmuggel gemäß § 35 Abs.1 lit.a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten gegen das Erkenntnis des Spruchsenates I beim Zollamt Feldkirch als Organ des Zollamtes Feldkirch als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 12. Dezember 2005, StrNr. 900/2005/00000-001, nach der am 29. November 2007 in Anwesenheit des Beschuldigten und des DDr. Paul Hopmeier als Vertreters seiner Verteidigerin, des Amtsbeauftragten Mag. Harald Zlimnig, sowie der Schriftführerin Veronika Pfefferkorn durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung des Beschuldigten wird teilweise Folge gegeben und die bekämpfte Entscheidung des Ersten senates dahingehend abgeändert, dass sie zu lauten hat:

E ist schuldig, er hat am 28. März 2005 anlässlich seiner Einreise über die Zollstelle Höchst in das Zollgebiet der Gemeinschaft eine eingangspflichtige Ware, nämlich das Fahrzeug der Marke X mit dem amtlichen Kennzeichen Y, auf welcher Eingangsabgaben in Höhe von € 3.382,86 (Zoll € 1.057,14 + Einfuhrumsatzsteuer € 2.325,72) lasteten, vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbracht und hiedurch einen Schmuggel gemäß § 35 Abs.1 lit.a FinStrG, erste Alternative, begangen,

weshalb über ihn gemäß § 35 Abs.4 FinStrG eine **Geldstrafe** in Höhe von

€ 1.000,00

(in Worten: Euro eintausend)

und gemäß § 20 FinStrG für den Fall deren Uneinbringlichkeit eine **Ersatzfreiheitsstrafe** von

einer Woche

verhängt wird.

Gemäß §§ 35 Abs.4, 17 Abs.6, 19 Abs.5 FinStrG wird E ein **Wertersatz** in Höhe von

€ 1.500,00

(in Worten: Euro eintausendfünfhundert)

und gemäß § 20 FinStrG für den Fall deren Uneinbringlichkeit eine **Ersatzfreiheitsstrafe** von

zehn Tagen

auferlegt.

Überdies hat E gemäß § 185 Abs.1 lit.a FinStrG pauschale Verfahrenskosten in Höhe von € 100,00 und die allfälligen Kosten eines Strafvollzuges zu tragen, welche gegebenenfalls mit gesondertem Bescheid festgesetzt werden würden.

II. Im Übrigen wird die Berufung des E als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis des Spruchsenates I als Organ des Zollamtes Feldkirch als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 12. Dezember 2005, StrNr 900/2005/00000-001, wurde E des Schmuggels nach § 35 Abs.1 lit.a 3. Fall FinStrG für schuldig erkannt, weil er am 28. März 2005 im Zuge seiner Einreise über die Zollstelle Höchst in das Zollgebiet der Gemeinschaft eine eingangsabgabepflichtige Ware, nämlich das Fahrzeug X, amtliches Kennzeichen Y (CH), auf welchem Eingangsabgaben in Höhe von € 3.382,86 lasteten, vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht und somit der zollamtlichen Überwachung entzogen habe, weswegen über ihn nach dem Strafsatz des § 35 Abs.4 FinStrG eine Geldstrafe in Höhe von € 1.000,00 und gemäß § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben eine Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche, sowie gemäß §§ 17 Abs.6, 35 Abs.4 iVm § 19 Abs.5 FinStrG eine Wertersatzstrafe in Höhe von € 4.200,00 und gemäß § 20 FinStrG für

den Fall der Uneinbringlichkeit letzterer eine Ersatzfreiheitsstrafe von vier Wochen verhängt wurde.

Gemäß § 185 FinStrG wurden E überdies pauschale Verfahrenskosten in Höhe von € 100,00 auferlegt.

In seiner Begründung führt der Ersten Senat wie folgt aus [Ergänzungen des Berufungssenates in eckiger Klammer]:

Der [in München wohnhafte] Beschuldigte E ist Geschäftsführer der E GmbH [mit Sitz ebenfalls] in München. [Die E GmbH ist in Ober- und Niederbayern tätig und hält das Kapital an sechs weiteren Gesellschaften in der Holzbranche (Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung)]. E ist mit einer Schweizerin, stammend aus Genf, verheiratet und hat [aus diesem Grund (Aussage des Beschuldigten am 28. März 2005)] in der Schweiz noch einen zweiten Wohnsitz.

Im März 2005 [Am 24. März 2005 (Anmerkung: Gründonnerstag)] reiste er [gemeinsam mit seiner Tochter (Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung)] unter Verwendung seines [eigenen, im Zollgebiet der Europäischen Gemeinschaften, nämlich in Deutschland, zum Verkehr zugelassenen] Fahrzeuges nach Genf [zu seinem Schwager B, dem Ehegatten der mitreisenden Tochter, um mit diesem Erbangelegenheiten nach dem Tode seiner Schwiegermutter zu besprechen (Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung)].

Nach dem familiären Besuch überließ E dieser in Genf [tatsächlich: in München (Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung)] wohnhaften Tochter [für ihre geplante Rückreise] sein [von ihm] bis dahin benütztes Fahrzeug und erhielt für die [seine eigene] Rückreise [am 28. März 2005, dem Ostermontag,] nach München [gleichsam im Tausch] das Fahrzeug seines Schwiegersohnes, nämlich den in der Schweiz zugelassenen [PKW der Marke] X mit dem amtlichen Schweizer Kennzeichen Y, [FahrgestellNr. Z (laut Finanzstrafakt des Zollamtes Feldkirch betreffend den Beschuldigten)].

Der Fahrzeugwechsel wurde vorgenommen, weil seine Tochter mit dem in Deutschland zugelassenen PKW ihres Vaters besser fahren konnte [besser vertraut gewesen ist (Aussage des E als Beschuldigter am 28. März 2005)].

Vor der Abreise holte seine Tochter fernmündlich beim Schweizer Automobilclub die Auskunft ein, ob ihr Vater bei einer derartigen Rück- bzw. Einreise mit dem in der Schweiz

zugelassenen Fahrzeug seines Schwiegersohnes zollrechtliche Probleme bekommen könnte, was verneint wurde. Diese Auskunft gab sie auch ihrem Vater bekannt (Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung)].

Am [Ostermontag, den] 28. März 2005 gegen 15.40 Uhr traf E [dann tatsächlich], von der Schweiz kommend, beim Grenzübergang Lustenau Rheindorf ein.

Dort wurde ihm von den Beamten D und R erklärt, dass er aufgrund dessen, dass er seinen Wohnsitz in der Europäischen Union habe, mit dem im Drittland [Schweiz] zugelassenen Fahrzeug nicht in das Zollgebiet der Gemeinschaft einreisen dürfe.

Daraufhin erklärte der Beschuldigte, dass er [das Fahrzeug bei der Zollstation in Österreich abstellen wolle und] sich in der Schweiz einen Mietwagen organisieren wolle, da er am nächsten Tag einen Termin in München habe [(Aussage des E als Beschuldigter am 28. März 2005, Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung)].

Der Beschuldigte versuchte, über sein Mobiltelefon einen Leihwagen zu organisieren, was ihm aber nicht gelang. Auch wurde ihm nicht erlaubt, das Fahrzeug bei der Zollstation abzustellen, weshalb er sich mit dem Fahrzeug wieder Richtung Schweiz entfernte. (Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung).]

Weil er am nächsten Tag zu seinem Geschäftstermin in München nicht zu spät kommen wollte und in seiner Bewegungsfähigkeit insofern etwas eingeschränkt gewesen ist, als er seinen kranken Hund [(welcher an Verdauungsstörungen litt; Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung)] dabeigehabt hatte, ist E [– entgegen seinen vorherigen Angaben gegenüber den österreichischen Zollbeamten –] in weiterer Folge [dennoch] über den Grenzübergang Höchst nach Österreich eingereist[, indem er bei der Zollstelle einfach durchgefahren ist.

Die Möglichkeit, statt mit dem spruchgegenständlichen Fahrzeug mittels problemlos zu benützender Eisenbahn von der Schweiz nach München zurück zu reisen, hat er aus Gründen der Bequemlichkeit von sich gewiesen.]

Nach Durchfahren der Grenze wurde er beim Kreisverkehr in Höchst gesichtet und von den Beamten des Zollamtes Feldkirch [auf der Bundesstraße in Hard] angehalten.

Auf die Frage der Beamten, warum er [trotz der Erklärung der Zollbeamten und seinen eigenen Angaben diesen gegenüber] in das Zollgebiet [mit dem obgenannten, in der Schweiz

zugelassenen PKW] eingereist sei, erklärte E, dass er [die Beamten missverstanden habe und] der Meinung gewesen sei, diese hätten ihm charmanterweise einen Tipp für eine weitere Einreise gegeben [(Aussage des E als Beschuldigter am 28. März 2005)].

Das von E verwendete Fahrzeug, dessen Verkehrswert € 10.571,44 betragen hat und auf welches Eingangsabgaben in Höhe von € 3.382,86 [Zoll € 1.057,14 + Einfuhrumsatzsteuer € 2.325,72] entfallen sind [, wurde in der Folge beschlagnahmt und am 2. April 2005 nach Bezahlung der bekannt gegebenen Abgabenschulden an die Tochter des E wiederum herausgegeben (Finanzstrafakt)].

Die Zielsetzung des Handelns des Beschuldigten habe – laut Spruchsenat – darin gelegen, das Fahrzeug seines Schwiegersohnes vorschriftswidrig in das Zollgebiet einzubringen und der zollamtlichen Überwachung zu entziehen. E habe sich – so seine Angaben am 28. März 2005 – auf keiner Geschäftsreise befunden.

Bei der Strafzumessung wertete der Erstsenaat als mildernd seine bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit, als erschwerend keinen Umstand.

Dagegen wendet der Beschuldigte in seiner durch seine Verteidigerin fristgerecht erhobenen Berufung ein, aus dem Umstand, dass er das auf ihn zugelassene Fahrzeug seiner Tochter überlassen habe, könne der Zweck der Reise nicht abgeleitet werden. Laut seinen eigenen Angaben am 28. März 2005 habe er seine Reise nach München deswegen angetreten, weil er einen geschäftlichen Termin in München wahrzunehmen gehabt hätte. Auch sei er bei der Fahrt nach München nicht von seiner Tochter begleitet worden.

In der Niederschrift vom 28. März 2005 sei von einem Besuch bei seiner Tochter keine Rede.

Tatsächlich seien ihm Zoll und Einfuhrumsatzsteuer – unabhängig davon, ob das Fahrzeug zu privaten oder beruflichen, gewerblichen Zwecken verwendet worden sei – jedenfalls zu Unrecht vorgeschrieben worden.

Die Rechtsansicht der Finanzstrafbehörde erster Instanz, weil sich aus der Aktenlage ergebe, dass er keine Geschäftsreise in die Schweiz unternommen habe und er daher keine Ausnahmeregelung für sich in Anspruch nehmen konnte, finde im Gesetzestext des Art 561 Abs.2 Zollkodex-Durchführungsverordnung (ZK-DVO) keine Deckung. Tatsächlich sei das Fahrzeug im Eigentum seines außerhalb des Zollgebietes der Gemeinschaft ansässigen Schwiegersohnes B gestanden und sei er, E, im Zollgebiet der Gemeinschaft ansässig und zur

Verwendung des Fahrzeuges durch B ermächtigt worden. Der diesbezügliche interne Erlass ZK-1375 V.V. Beförderungsmittel 5.2.2 Sonderfälle – Eigener Gebrauch, welcher in der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat, aber bezeichnenderweise nicht im erstinstanzlichen Erkenntnis zitiert worden sei, sei gesetzwidrig.

Auch sei Art 559 lit. c ZK-DVO nicht beachtet worden: Er habe seinen kranken Hund im Auto transportiert und musste deshalb trachten, möglichst schnell sein Fahrziel zu erreichen, um der Bestimmung des § 15 Tierschutzgesetz zu entsprechen.

Auch liege der Tatbestand des Schmuggels im Sinne des § 35 Abs.1 lit.a (3. Fall) FinStrG nicht vor. Eine heimliche Einfuhr eines großen Geländewagens am helllichten Tag an einer Kontrollstelle an der Außengrenze der Europäischen Union sei nicht möglich. Der Primärtatbestand des Schmuggels liege aber darin, eine Ware dem Zollverfahren überhaupt zu entziehen. Beim Schmuggel sei es geradezu typisch, dass bewusst bestehende Rechtspflichten (z.B. Gestellung, Anmeldung) nicht eingehalten werden und damit einer zollamtlichen Überwachung entgegengewirkt wird. Wenn die Waren dem Zollamt gestellt werden, ist der Tatbestand des Schmuggels ausgeschlossen. Im gegenständlichen Fall sei die Einfuhr des Fahrzeuges zur vorübergehenden Verwendung geplant gewesen, wobei das Fahrzeug mit Passieren des Anmeldepunktes der Zollstelle Höchst als gestellt, die Zollanmeldung als angenommen und die Ware als überlassen gegolten hat.

Er habe nie beabsichtigt, Waren dem Zollverfahren zu entziehen. Er habe sich vielmehr auf eine ihm vor Antritt der Fahrt erteilte Auskunft des Schweizer Automobilclubs gestützt, sodass er allenfalls fahrlässig hätte handeln können.

Auch habe er sich in einer Notstandssituation im Sinne des § 10 FinStrG befunden, weil er die Versäumnis eines wichtigen Geschäftstermines von sich abwenden wollte und überdies seinen kranken Hund im Auto transportierte.

Es wäre auch § 25 FinStrG anzuwenden und mangels Strafwürdigkeit der Tat von der weiteren Durchführung eines Finanzstrafverfahrens und der Verhängung einer Strafe abzusehen.

Es werde daher die Einstellung des Verfahrens, in eventuelle Aufhebung der Entscheidung wegen Nichtigkeit, in eventuelle Freispruch vom Vorwurf des Schmuggels nach § 35 Abs.1 lit.a 3. Fall FinStrG, in eventuelle Aufhebung und Zurückverweisung der Finanzstrafsache an die Finanzstrafbehörde erster Instanz, in eventuelle Herabsetzung des Strafausmaßes begehrt.

In der Berufungsverhandlung vom 29. November 2007 wurde der Beschuldigte zum strafrelevanten Geschehen ausführlich befragt.

Dem vorgelegten Ersatzfinanzstrafakt des Zollamtes Feldkirch betreffend E zu StrNr. 900/2005/00000-001, und der vom Amtsbeauftragten zur Einsicht vorgelegten Kopie einer Berufungsentscheidung des Zollsenates 2 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates vom 14. November 2007, ZRV/0148-Z2L/05, ist folgender weiterer Sachverhalt zu entnehmen:

Ebenfalls am 2. April 2005 hat das Zollamt Feldkirch, Finanzstrafbehörde I. Instanz, der Tochter des Beschuldigten den Vordruck Za19, Block 005682/03, mit der Bezeichnung „Mitteilung nach Art. 221 ZK, Bescheid gem. § 29a TabStG, Zahlungsbestätigung“ übergeben. Der Vordruck mit der Geschäftszahl 900/90045/2005 enthält die Abgabeberechnung für den oben genannten PKW. In diesem Vordruck Za19 lautet die Behördenbezeichnung: „Zollamt Feldkirch, Finanzstrafbehörde I. Instanz, A-6800 Feldkirch, Reichsstr. 151“. Feld 1 („Anmelder/Zollschuldner/Einzahler/Abgabenschuldner gem. § 29a TabStG“) des Vordrucks lautet: „B {dessen Anschrift in Genf}“.

Der Vordruck enthält auf der Rückseite folgende Rechtsbehelfsbelehrung: „(gilt nicht bei Verzicht auf den Rechtsbehelf und auf den Antrag nach Art. 236 ZK laut Feld 8.1.) Gegen diese Mitteilung/diesen Bescheid nach Art. 221 ZK/BAO kann innerhalb eines Monats der Rechtsbehelf der Berufung eingebracht werden.“

Gegen diese Erledigung erhob die E GmbH mit Eingabe vom 15. April 2005 Berufung.

Das Zollamt Feldkirch teilte daraufhin E mit Schreiben vom 2. Mai 2005 mit, dass es sich bei der seiner Tochter am 2. April 2005 ausgehändigten Drucksorte um keinen Bescheid handle, sondern um eine Zahlungsbestätigung, die zur Sicherstellung der Eingangsabgaben gedient habe. Der betreffende (Abgaben-) Bescheid, GZ. 900/90045/02/2004 gemäß Art. 202 ZK sei der zuvor genannten Mitteilung angeschlossen.

Mit Eingabe vom 14. Oktober 2005 wurde die Berufung vom 15. April 2005 ergänzt. In diesem Schriftsatz ist als Berufungswerber nunmehr E (vertreten durch Hopmeier & Wagner Rechtsanwälte OEG) angeführt.

Das Zollamt Feldkirch wies „die mit Schreiben vom 14. Oktober 2005 ergänzte Berufung vom 15. April 2005 gegen die Zahlungsbestätigung vom 2. April 2005 und den Bescheid vom 2. Mai

2005“ mit Berufungsvorentscheidung vom 8. November 2005, GZ. 900/90045/12/2005, als unbegründet ab.

Dagegen richtete sich eine gemäß Art. 243 Abs. 2 Buchstabe b ZK in Verbindung mit § 85c Abs. 1 Zollrechts-Durchführungsgesetz (ZollR-DG) fristgerecht erhobene Beschwerde des E vom 6. Dezember 2005, in der beantragt wurde, den Bescheid des Zollamtes Feldkirch vom 2. April 2005, GZ. 900/90045/2005, sowie den im Spruch gleich lautenden Bescheid des Zollamtes Feldkirch vom 2. Mai 2005, GZ. 900/90045/02/2004, ersatzlos aufzuheben sowie die Rückzahlung des zu Unrecht eingehobenen Betrages von 3.382,86 Euro zu veranlassen.

Mit Berufungsentscheidung des Zollsenaates 2 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates vom 14. November 2007, GZ. ZRV/0148-Z2L/05, wurde die obgenannte Berufungsvorentscheidung aufgehoben, weil die dort dem Verfahren zugrunde liegende Berufung von der – siehe oben – tatsächlich dazu nicht legitimierten E GmbH erhoben worden war.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

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. 3 FinStrG macht sich der Hinterziehung von Eingangsabgaben schuldig, wer vorsätzlich eine Verkürzung einer solchen Abgabe dadurch bewirkt, dass er eingangsabgabepflichtige Waren entgegen einem Verbot oder einer Verpflichtung behandelt, verwendet oder verbraucht, und es unterlässt, dies dem Zollamt vorher anzuzeigen.

Gemäß Art 202 Abs.1 lit.a Zollkodex (ZK) entsteht eine Einfuhrumsatzsteuerschuld, wenn eine einfuhrabgabepflichtige Ware vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht wird. Im Sinne dieses Artikels ist vorschriftswidriges Verbringen jedes Verbringen unter Nichtbeachtung der Art. 38 bis 41 und 177 zweiter Gedankenstrich.

Gemäß Art. 38 Abs.1 lit.a ZK sind die in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbrachten Waren vom Verbringer unverzüglich und gegebenenfalls unter Benutzung des von den Zollbehörden

bezeichneten Verkehrsweges nach Maßgabe der von diesen Behörden festgelegten Einzelheiten zu der von den Zollbehörden bezeichneten Zollstelle oder einem anderen von diesen Behörden bezeichneten oder zugelassenen Ort zu befördern.

Gemäß Art. 40 ZK in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung waren derartige Waren, die nach Maßgabe des Art. 38 Abs.1 lit.a ZK bei der Zollstelle oder einem anderen von den Zollbehörden bezeichneten oder zugelassenen Ort eintrafen, von der Person zu stellen, welche die Waren in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht hatte oder die gegebenenfalls die Beförderung der Waren nach dem Verbringen übernahm.

Gemäß Art 4 Z.19 ist eine Gestellung die Mitteilung an die Zollbehörden in der vorgeschriebenen Form, dass sich die Ware bei der Zollstelle befindet.

Nach der herrschenden Rechtsmeinung ist eine derartige Gestellung lediglich eine Mitteilung allgemeiner Natur, deren Inhalt sich darauf reduzieren lässt, dass Waren eingetroffen sind. Dabei genügt schlüssiges Handeln (vgl z.B. *Fellner*, Finanzstrafgesetz, TZ. 22 und die dort angeführten Judikate).

Gemäß Art. 137 ZK können im Verfahren der vorübergehenden Verwendung Nichtgemeinschaftswaren, die zur Wiederausfuhr bestimmt sind, ohne dass sie, abgesehen von der normalen Wertminderung aufgrund des von ihnen gemachten Gebrauches, Veränderungen erfahren hätten, unter vollständiger oder teilweiser Befreiung von den Einfuhrabgaben, und ohne dass sie handelspolitischen Maßnahmen unterliegen, im Zollgebiet der Gemeinschaft verwendet werden.

Gemäß Art. 232 Abs.1 lit.b ZK-DVO können Zollanmeldungen zur vorübergehenden Verwendung für in Art. 556 bis 561 ZK-DVO genannte Beförderungsmittel durch eine Willenserklärung im Sinne des Art. 233 ZK-DVO (also z.B. das Passieren einer Zollstelle ohne getrennte Kontrollausgänge, ohne spontan eine Zollanmeldung abzugeben bzw. das einfache Überschreiten der Zollgrenze) nach Maßgabe des Art. 579 ZK-DVO abgegeben werden, sofern sie nicht schriftlich oder mündlich angemeldet werden.

Ebenso werden diese Beförderungsmittel gemäß Art. 232 Abs.2 ZK-DVO, sofern sie nicht Gegenstand einer ausdrücklichen Zollanmeldung sind, als zur Wiederausfuhr nach Beendigung der vorübergehenden Verwendung durch eine Willensäußerung im Sinne des Art. 233 angemeldet angesehen.

Eine solche konkludente Willenserklärung (womit eine Ware angemeldet wird, auf welche die obgenannten rechtlichen Voraussetzungen zutreffen) wäre somit bei Beförderungsmitteln wie im gegenständlichen Fall das Erscheinen mit diesem bei der Zollstelle an der Grenze und das darauf folgende Durchfahren, sei es, ohne von einem Zollorgan wahrgenommen zu werden, oder nach einem sogenannten „Durchwinken“.

Wären die Voraussetzungen der Art. 230 bis 232 ZK-DVO (also im gegenständlichen Fall die des Art. 232 Abs.1 lit.b ZK-DVO) erfüllt gewesen, so hätte gemäß Art. 234 Abs.1 ZK-DVO mit dem Durchfahren bei der Zollstelle das Fahrzeug als im Sinne des Art. 63 ZK gestellt, die Zollanmeldung als angenommen und die Ware (das Fahrzeug) als überlassen gegolten.

Im gegenständlichen Fall hat E unstrittig am 28. März 2005 die verfahrensgegenständliche einfuhrabgabepflichtige Ware, nämlich den genannten, in der Schweiz zugelassenen PKW seines Schwagers, in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht, indem er mit dem Fahrzeug gleichsam im zweiten Anlauf beim Grenzübergang Höchst nach Österreich eingereist ist. Diese Einreise hat offensichtlich auf dem dafür vorgesehenen Verkehrsweg stattgefunden und es wäre durch das Durchfahren bei der Zollstelle ohne weitere Offenlegung des Sachverhaltes in objektiver Hinsicht auch eine Gestellung des ob seiner Größe ja nicht zu verbergenden Fahrzeuges erfolgt.

Mit dem Verbringen des Fahrzeuges in das Gemeinschaftsgebiet hat auch die zollamtliche Überwachung ihren Anfang genommen (Art. 37 Abs.1 ZK).

Da somit E insoweit den ausdrücklichen Vorgaben des Art. 202 Abs.1 lit.a ZK in der zum Zeitpunkt der Tat geltenden Fassung entsprochen hätte (erst nachträglich mit Verordnung [EG] Nr. 648/2005 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 13. April 2005, ABIEG Nr. L 117 vom 4.5.2005, S. 13, wurde in Art. 40 ZK die Formulierung „Die Person, die die Waren gestellt, hat dabei auf die summarische Anmeldung bzw. die Zollanmeldung, die zuvor für die Waren abgegeben wurde, zu verweisen.“ hinzugefügt), wäre für sich genommen eine Einfuhrzollschuld nach dieser Bestimmung nicht entstanden.

Gemäß Art. 203 Abs.1 ZK entstünde eine Einfuhrzollschuld aber auch, wenn eine einfuhrabgabepflichtige Ware der zollamtlichen Überwachung entzogen wird, und zwar zu dem Zeitpunkt, in dem die Entziehung stattfindet (Abs.2). Derartiges läge vermutlich vor, weil wohl von einer Gestellung, aber nicht von der Fiktion einer Abfertigung zur vorübergehenden

Verwendung durch die den wahren Sachverhalt gar nicht kennenden Zollorgane auszugehen wäre.

Klärung bringt Art. 234 Abs.2 ZK-DVO, wonach in dem Fall der Feststellung bei einer Kontrolle, dass eine derartige konkludente Willensäußerung erfolgt ist, ohne dass die verbrachte Ware die Voraussetzungen der Art. 230 bis 232 ZK-DVO erfüllt hat, die Ware als vorschriftswidrig verbracht gilt.

Hätte somit E ohne Vorliegen entsprechender Befreiungsbestimmungen das verfahrensgegenständliche Fahrzeug vorsätzlich unzulässigerweise ins Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht, hätte er einen Schmuggel nach § 35 Abs.1 lit.a FinStrG, erste Alternative, zu verantworten.

Zur Frage der ins Treffen geführten Eingangsabgabenfreiheit des spruchgegenständlichen Fahrzeuges sind nachfolgende zollrechtliche Bestimmungen einer näheren Betrachtung zu unterziehen:

Das Grundkonzept lautet, dass zum eigenen Gebrauch eingeführte Fahrzeuge im Rahmen einer vorübergehenden Verwendung nur durch solche Personen benützt werden dürfen, die außerhalb des Zollgebietes der Gemeinschaft ansässig sind.

Demnach konnten gemäß Art. 559 lit.c ZK-DVO im Zollgebiet der Gemeinschaft ansässige Personen (hier allenfalls: E) die vollständige Befreiung von den Eingangsabgaben von Beförderungsmitteln in Anspruch nehmen, sofern diese Beförderungsmittel im Zusammenhang mit einer Notsituation verwendet wurden und die Verwendung fünf Tage nicht überschritten hat.

Bezüglich einer derartigen Notsituation verweist die Verteidigung auf eine Erkrankung des vom Beschuldigten zum Tatzeitpunkt im Fahrzeug mitgeführten Hund und auf den beruflichen Termindruck des E, welcher am nächsten Tag ab 09.00 Uhr nicht verschiebbare geschäftliche Besprechungen in München zu führen hatte.

Der mitgeführte Hund, ein Labrador, hat sich gerade wieder einmal überfressen gehabt und sich im Fahrzeug ständig erbrochen. Bei der späteren Heimfahrt ab 20.00 Uhr mit der Eisenbahn ab Bregenz ist es dem Tier aber bereits besser gegangen. Dem Hund hat die erstmalige Zugfahrt gefallen (Aussage des Beschuldigten in der Berufungsverhandlung). Von

einer schwerwiegenden Erkrankung des Tieres, welche etwa eine dringende tierärztliche Hilfe oder Ähnliches erfordert hätte, ist somit nicht die Rede.

Ob eine derartige Notlage als Befreiungsgrund vorgelegen hat, ist nach objektiven Kriterien und nicht nach allfälligen subjektiven Einschätzungen des Befreiungswerbers zu beurteilen.

Unter Verwendung von Taxis bzw. öffentlichen Verkehrsmitteln (Entfernung etwa 8 bzw. 12 km zwischen der Grenze bei Lustenau von den Bahnhöfen in Dornbirn und Bregenz; Abfahrt z.B. Dornbirn 17:09 Uhr) oder bei einer Zugfahrt direkt vom nahe gelegenen Schweizer Bahnhof St. Margrethen (Abfahrt 16:55 Uhr) wäre er beispielsweise bereits um 20:41 Uhr am Hauptbahnhof München eingetroffen (laut Abfrage Fahrpläne).

Der Beschuldigte wäre bei Verwendung von öffentlichen Verkehrsmitteln in keiner Weise an seinen beruflichen Verpflichtungen am nächsten Tage gehindert gewesen; auch der Gesundheitszustand des Hundes war nicht dergestalt, dass sein Transport mit dem PKW erforderlich war – was ja sich im Rahmen der tatsächlich in der Folge vorgenommenen Zugreise nach München auch bestätigt hat.

Keineswegs überzeugt im Übrigen in diesem Zusammenhang die Behauptung des E in der Berufungsverhandlung, dass er an eine Weiterreise mit dem Zug gar nicht gedacht habe. So knapp war die Zeit für die Planung der Weiterreise auch wieder nicht bemessen und ist die Benützung von Zugverbindungen bei zwischenstädtischen geschäftlichen Reisen im mittleren Entfernungsbereich durchaus ständiger Usus und dem Beschuldigten zumal seiner langjährigen geschäftlichen Betätigung wohl vertraut. Der Berufungssenat zieht vielmehr aus dem Verhalten des Beschuldigten die Schlussfolgerung, dass E die Rückreise mit öffentlichen Fahrzeugen aus Komfortgründen von sich geschoben hat.

Gemäß Art. 560 Abs.1 ZK-DVO konnten im Zollgebiet der Gemeinschaft ansässige natürliche Personen (hier in Frage kommend: eben der Beschuldigte E) weiters die vollständige Befreiung von den Eingangsabgaben von Beförderungsmitteln zum eigenen Gebrauch (soll heißen, eine andere als die gewerbliche Verwendung eines Beförderungsmittels; siehe Art. 555 Abs.1 lit.b ZK-DVO) nur in Anspruch nehmen, sofern diese gelegentlich nach den Weisungen des Zulassungsinhabers, der sich im Zeitpunkt der Verwendung ebenfalls im Zollgebiet der Gemeinschaft befunden hatte, erfolgte.

Da sich im gegenständlichen Fall der Zulassungsinhaber, also B, laut Aktenlage in der Schweiz, also außerhalb des Zollgebietes der Gemeinschaft aufgehalten hat, kommt diese Befreiungsbestimmung nicht in Betracht.

Weiters konnten solche Personen gemäß Art. 560 Abs.1 ZK-DVO die vollständige Befreiung auch in Anspruch nehmen für Beförderungsmittel zu eigenem Gebrauch, die im Rahmen eines schriftlichen Vertrages gelegentlich gemietet werden.

Laut Aktenlage liegt eine derartige Anmietung im Rahmen eines schriftlichen Vertrages nicht vor.

Gemäß Art. 561 Abs.1 ZK-DVO wurde die vollständige Befreiung von Beförderungsmittel bewilligt, wenn Beförderungsmittel im Zollgebiet der Gemeinschaft befristet und im Hinblick auf ihre Wiederausfuhr unter Erteilung eines zeitlich begrenzten Kennzeichens zugelassen werden sollten – ein Sachverhalt, der ebenfalls nicht vorgelegen hat.

Gemäß Art. 561 Abs.2 ZK-DVO wurde die vollständige Befreiung von den Eingangsabgaben bewilligt, wenn Beförderungsmittel, die einer außerhalb des Zollgebietes der Gemeinschaft ansässigen Person (hier also B) gehörten, von einer bei dieser Person angestellten natürlichen, im Zollgebiet der Gemeinschaft ansässigen Person (hier also E) gewerblich (also zur Personenbeförderung gegen Entgelt oder zur industriellen oder gewerblichen Güterbeförderung; siehe Art. 555 Abs.1 lit.a ZK-DVO) oder zum eigenen Gebrauch verwendet werden sollte. Dabei war ein eigener Gebrauch gestattet, sofern er im Anstellungsvertrag vorgesehen war.

Laut Aktenlage war E nicht bei seinem Schwiegersohn B angestellt und sollte das strafrelevante Fahrzeug auch nicht zur gewerblichen Personenbeförderung oder zur industriellen oder gewerblichen Güterbeförderung verwendet werden.

Gemäß Art. 561 Abs.2 ZK-DVO wurde die vollständige Befreiung von den Eingangsabgaben letztlich auch bewilligt, wenn Beförderungsmittel, die einer außerhalb des Zollgebietes der Gemeinschaft ansässigen Person (hier also B) gehörten, von einer anderweitig von ihr (von B) zur Verwendung ermächtigten natürlichen, im Zollgebiet der Gemeinschaft ansässigen Person (hier also E) gewerblich (also zur Personenbeförderung gegen Entgelt oder zur industriellen oder gewerblichen Güterbeförderung; siehe Art. 555 Abs.1 lit.a ZK-DVO) verwendet werden sollte. Ein eigener Gebrauch ist laut Gesetz in dieser Variante nicht vorgesehen; es findet sich keine Befreiungsbestimmung wie im zuletzt genannten Vorgang.

Die Ansicht des Berufungswerbers, Beförderungsmittel, die einer außerhalb des Zollgebietes der Gemeinschaft ansässigen Person gehörten, und zu deren Verwendung von ihr eine im Zollgebiet der Gemeinschaft ansässige Person anderweitig als im Zusammenhang mit einem Anstellungsvertrag bevollmächtigt worden seien und von dieser für den eigenen Gebrauch verwendet würden, wären ebenfalls nach dieser Bestimmung vollständig eingangsabgabenbefreit, ist daher nicht zutreffend (vgl dazu z.B. ua *Witte*, Zollkodex Kommentar⁴, Rz 14 zu Art 141).

Zwar war daher offenbar der Beschuldigte von seinem Schwiegersohn B zur Verwendung des Fahrzeuges ermächtigt worden; es fehlt jedoch – wie oben – der Aspekt, dass das strafrelevante Fahrzeug zur gewerblichen Personenbeförderung oder zur industriellen oder gewerblichen Güterbeförderung verwendet werden sollte.

Entsprechende Befreiungsbestimmungen lagen daher nicht vor.

In objektiver Hinsicht ist daher der Tatbestand des Schmuggels nach § 35 Abs.1 lit.a FinStrG, erste Alternative, erfüllt.

Das aus dem äußeren Verhalten des Beschuldigten sich erschließende subjektive Tatelement liegt darin, dass er es ernstlich für möglich gehalten hat und sich damit abgefunden hat, dass er sich rechtswidrig verhält, indem er entgegen der Belehrung durch die österreichischen Zollorgane dennoch einen zweiten Versuch startete, das Fahrzeug über die Grenze zu bringen.

Seine Behauptung, er habe vor Beginn der Reise beim Schweizer Automobilklub Erkundigungen eingezogen, kann vom Berufungssenat als solche nicht als lebensfremd ausgeschlossen und etwa widerlegt werden.

Der Berufungssenat hegt auf Basis der Beweisergebnisse keinerlei Zweifel, dass der Beschuldigte nach der ihm erteilten Belehrung und Zurückweisung bei seinem ersten Versuch eines Grenzübertrittes – unter dem zeitnahen Eindruck der behördlichen Auskunft stehend – zumindest ernsthaft damit gerechnet hat, dass die von ihm geplante und auch durchgeführte Verbringung des Fahrzeug seines Schwiegersohnes in das Gemeinschaftsgebiet, indem er einfach mit dem PKW über die Grenzzollstelle fährt, zollrechtlichen Bestimmungen widersprechen wird, also vorschriftswidrig sein wird, er dennoch aber sich damit abgefunden hat und das deliktische Fehlverhalten gesetzt hat.

Hätte E nicht von seiner Tochter die eingeholte falsche Rechtsauskunft im Gedächtnis gehabt, was im Zweifel gelten zu lassen ist, hätte er – nach Ansicht des Berufungssenates – bei einem derartigen unverfrorenen Beharrungsbeschluss wie aus der Aktenlage zu erschließen, sogar eine zumindest wissentliche Vorgangsweise zu verantworten.

Ein Schuldausschließungsgrund in Form eines entschuldigenden Notstandes nach § 10 FinStrG (entspricht § 10 Strafgesetzbuch [StGB]) liegt dabei mit Sicherheit nicht vor. Ein solcher entschuldigender Notstand wäre gegeben, wenn jemand eine mit Strafe bedrohte Tat begeht, um einen unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteil von sich oder einem anderen abzuwenden, wenn der aus der Tat drohende Schaden nicht unverhältnismäßig schwerer wiegt als der Nachteil, den sie abwenden soll, und in der Lage des Täters von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen kein anderes Verhalten zu erwarten war.

Wie ausgeführt, sind tatsächlich in diesem Sinne gar keine unmittelbar drohenden bedeutenden Nachteile (beispielsweise in Form von schwerwiegenden Terminversäumnissen oder einer Tierquälerei) vorgelegen, die es durch die begangene Straftat abzuwehren gegolten hätte, weil E statt dessen ohne Zeitprobleme mit dem Zug nach Hause fahren konnte und die Zugfahrt seinem sich vorübergehend unwohl fühlendem Hund auch nicht geschadet oder diesen gequält hat, wie der Beschuldigte auch tatsächlich korrekt einschätzen konnte. Auch hätte eine maßstabgerechte Person in der Lage des E nicht einfach aus Bequemlichkeit unverzüglich entgegen direkter behördlicher Anweisung gehandelt.

In diesem Sinne ist auch ergänzend anzumerken, dass – wie ausgeführt – das Verschulden des E nicht geringfügig ist und seine Tat bei daraus anfallenden Eingangsabgaben in Höhe von € 3.382,86 auch nicht nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat, sodass auch die Voraussetzungen für ein Absehen von einer Bestrafung oder der Erteilung einer bloßen Verwarnung nach § 25 FinStrG nicht vorliegen.

Der vom Gesetzgeber für den gegenständlichen Schmuggel angedrohte Strafraum beträgt gemäß § 35 Abs.4 FinStrG bis zum Zweifachen des auf die geschmuggelte Ware entfallenden Eingangsabgabenbetrages, sohin also bis zu € 6.765,72.

Der vom Erstsensat tatsächlich verhängte Geldstrafenbetrag in Höhe von 14,79 % erweist sich in Anbetracht der finanzstrafrechtlichen Unbescholtenheit des Beschuldigten, der erfolgten Schadensgutmachung und der konkreten Tatumstände in Form des überraschenden

Entscheidungsdruckes, der plötzlich ihm bei rechtmäßigem Verhalten entgegenstehenden Unbequemlichkeiten in Form von rasch erforderlichen Reisedispositionen, eines Umsteigens auf öffentliche Verkehrsmittel, einer allfälligen Säuberung des Bodens eines Fahrgastraumes, sollte sein Hund weiterhin erbrechen, sowie des Umstandes, dass er seinen indisponierten Hund auch schonen wollte, trotz der ansich aufgrund des raschen Abtuns der ihm durch die österreichischen Zollorgane erteilten Belehrung erschließbaren Gleichgültigkeit gegenüber zollrechtlichen Geboten und auch in Anbetracht der finanziellen Wohlsituiertheit des Beschuldigten (laut seinen Angaben vor dem Berufungssenat) tat- und schuldangemessen.

Einer durchaus denkbaren Erhöhung der Geldstrafe steht auch mangels einer Berufung des Amtsbeauftragten ein Verböserungsverbot im Sinne des § 161 Abs.3 FinStrG entgegen.

Gemäß § 19 Abs.5 FinStrG hat der Erstsenaat von der Auferlegung des Wertersatzes für das dem Verfall unterliegende Tatfahrzeug teilweise abgesehen, weil der volle Betrag zur Bedeutung der Tat bzw. zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis gestanden ist.

Erweist sich aber die Strafausmessung des Erstsenaates hinsichtlich der Geldstrafe als zutreffend – und insoweit gibt es aufgrund des zitierten Verböserungsverbotes für den Berufungssenat keine Alternative –, gibt es auf Grund der gegebenen Aktenlage auch kein Argument, die Ausmessung der verhältnismäßigen Wertersatzstrafe nach § 19 Abs.6 FinStrG, die er ja zu den gleichen Regeln wie die Ausmessung der Geldstrafe nach § 23 FinStrG vorzunehmen ist, nach anderen Kriterien vorzunehmen.

Ausgehend von einem Importpreis von € 10.571,44 zuzüglich der Eingangsabgaben von € 3.382,86 errechnet sich solcherart einer gemeiner Wert des verfahrensgegenständlichen Fahrzeuges im Zeitpunkt der Tatbegehung in Höhe von € 13.954,30 als angedrohter Höchstbetrag an Wertersatz, welcher verhältnismäßig und gerundet abzumildern war.

Gleiches gilt auch für die Ausmessung der für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bzw. verhältnismäßigen Wertersatzstrafe jeweils zu verhängenden Ersatzfreiheitsstrafen.

Die Ausmessung der Verfahrenskosten entspricht der zitierten Gesetzesstelle, wonach pauschale Verfahrenskosten in der Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafe vorzuschreiben sind, und war daher beizubehalten.

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Feldkirch, 29. November 2007