



Außenstelle Graz
Finanzstrafsenat Graz 3

UNABHÄNGIGER

FINANZSENAT

GZ. FSRV/0018-G/08

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Graz 3 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstraßbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Wilhelm Pistotnig sowie die Laienbeisitzer Ing. Franz Großschädl und Dr. Gernot Stöckl als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw, vertreten durch Dr. Wolfgang Vacarescu, Rechtsanwalt, 8010 Graz, Jakominiplatz 16/II, wegen der Finanzvergehen des gewerbsmäßigen Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a iVm § 38 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) sowie der gewerbsmäßigen Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a iVm § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG über die Berufung der Beschuldigten vom 22. Februar 2008 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Graz als Organ des Zollamtes Graz, vertreten durch Mag. Michael Richter-Kernreich, als Finanzstraßbehörde erster Instanz vom 19. Jänner 2007, StrNr. 1234, nach der am 13. November 2008 in Anwesenheit der Beschuldigten, ihres Verteidigers, des Amtsbeauftragten Mag. Michael Richter-Kernreich und der Dolmetscherin Mag. Maja Metodieva-Michalkov sowie der Schriftführerin FOI Dagmar Brus durchgeführten mündlichen Verhandlung gemäß § 161 Abs. 1 FinStrG zu Recht erkannt:

- I. Das Erkenntnis des Spruchsenates II vom 19. Jänner 2007 wird im Umfang seines Ausspruches über die Strafe und die Kosten wegen Unzuständigkeit aufgehoben.
- II. Der Ausspruch des Erkenntnisses über die Schuld bleibt unverändert.

Entscheidungsgründe:

Dem Finanzstrafverfahren liegt als wesentlicher Sachverhalt zugrunde, dass die Sicherheitsdirektion Steiermark dem Zollamt Graz als Finanzstraßbehörde erster Instanz am 30. August 2005 im Wesentlichen mitgeteilt hat, nach Auskunft eines Informanten am Grazer Hauptbahnhof würde am Mittwoch und Freitag um ca. 6:00 Uhr ein bulgarischer Reisebus aus Sofia am Bahnhof Graz eintreffen. Aus diesem würden geschmuggelte Zigaretten an eine gewisse E., ca. vierzig Jahre alt, übergeben. E. soll in der B. wohnen und in einem Nachtlokal arbeiten. Die Zigaretten soll sie im Nachtlokal und unter Mithilfe des Hausmeisters verkaufen. Erhebungen des Zollamtes Graz – eingeschlossen Observationen – haben in der Folge dazu geführt, dass Em.Y. (nunmehr verheiratete P.), am 5. März 2006 am Gelände des Hauptbahnhofes in Graz in einem Taxi mit insgesamt 5.600 Stück Zigaretten ausländischer Herkunft der Sorte Marlboro und Memphis in anteiliger Zusammenstellung betreten wurde. Bei der anschließenden freiwillig gestatteten Nachschau in den Wohnräumen der Bw und in ihrem Kraftfahrzeug konnten weitere 600 Stück Zigaretten der Sorte Memphis ausländischer Herkunft sichergestellt werden.

Die Bw hat zu ihrer Beschäftigung am 5. März 2006 befragt ausgeführt, derzeit ohne Beschäftigung zu sein. Zu ihren persönlichen Verhältnissen befragt hat die Bw vor allem ausgeführt, in Bulgarien eine dreijährige Ausbildung als Verkäuferin genossen zu haben. Danach habe sie in Bulgarien als Verkäuferin gearbeitet. Im Februar 2001 sei sie nach Österreich gekommen und sie arbeite bis heute (5. März 2006) als Prostituierte in verschiedensten Bars in Graz. Es habe sich dabei um die Mercedes-Bar bzw. die Luna-Bar und ab September bis Dezember 2005 um die Bar Bora-Bora gehandelt. Heuer (2006) sei sie bis glaublich 10. Jänner in Bulgarien gewesen, um ihre Familie zu besuchen. Danach sei sie für zwei bis drei Wochen in Italien, zuerst in Triest und danach in Mailand gewesen und habe dort Bekannte besucht. Nach ihrer Rückkehr habe sie bis zum 5. März 2006 nicht gearbeitet.

Die Erhebungen des Zollamtes Graz in der Sache selbst haben zusammen mit den diesbezüglichen niederschriftlichen Ausführungen der Bw vom 5. März 2006 zur Einleitung des Strafverfahrens gemäß § 83 Abs. 1 FinStrG mit an die Bw gerichtetem Bescheid vom 6. März 2006 geführt.

Aus dem Versicherungsdatenauszug vom 3. März 2006 ergibt sich für die Bw ein aufrechtes Versicherungsverhältnis zur Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft. Aus den erstbehördlichen Akten ergibt sich für den Tatzeitraum (Juni 2005 und 5. März 2006) keine unselbständige Beschäftigung.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat vom 19. Jänner 2007 führte die Bw vor allem aus, sie fühle sich im Sinne der Stellungnahme des Amtsbeauftragten vollinhaltlich schuldig, und ersuchte um eine milde Beurteilung ihres Falles.

Mit Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Graz vom 19. Jänner 2007, StrNr. 1234, hat das Zollamt Graz als Finanzstraßbehörde erster Instanz die Bw wegen des Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a iVm § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG sowie wegen des Finanzvergehens der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a iVm § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG und wegen des Finanzvergehens der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, weil sie im Tatzeitraum zwischen Juni 2005 und 5. März 2006 in der Absicht, sich durch wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen,

A) eingangsabgabepflichtige Waren unverzollter drittländischer Herkunft, nämlich 16.400 Stück Zigaretten der Sorten Marlboro und Memphis, auf welchen Eingangsabgaben von insgesamt € 2.588,15 (darin enthalten Zoll: € 352,40; Tabaksteuer: € 1.702,43 und Einfuhrumsatzsteuer: € 533,32) lasten, in mehreren Angriffen in Bulgarien angekauft und sodann über nicht näher bekannte Zollämter ohne Abgabe einer Zollanmeldung vorschriftswidrig nach Österreich, mithin in das Zollgebiet der europäischen Union verbracht, und

B) weitere eingangsabgabepflichtige Waren unverzollter drittländischer Herkunft nämlich ca. 180.000 Stück Zigaretten der Sorten Marlboro und Memphis, auf welchen Eingangsabgaben in Höhe von € 28.202,54 (darin enthalten Zoll: € 3.784,32; Tabaksteuer: € 18.622,80 und Einfuhrumsatzsteuer: € 5.795,42) lasten, in zahlreichen Angriffen am Hauptbahnhof Graz, beim McDonalds Restaurant in Wien Inzersdorf, beim Cargocenter Werndorf und an ihrer Wohnadresse in Graz von mehreren, bislang nicht näher bekannten bulgarischen Busfahrern namens Pl., Vl., Di. und Em., welche diese Tabakwaren zuvor von Bulgarien nach Österreich eingeschmuggelt hatten, sohin vorsätzlich Monopolgegenstände, hinsichtlich welcher durch deren gewerbsmäßigen Verkauf im Inland durch die oben angeführten Zigarettenverkäufer in Monopolrechte im Sinne des § 5 Tabakmonopolgesetz eingegriffen wurde und für welche ein Kleinverkaufspreis von € 33.120,00 festgesetzt war, angekauft, verheimlicht und zum Großteil auch verhandelt habe.

Aus diesem Grund wurde über sie unter Berücksichtigung der §§ 15 und 21 FinStrG gemäß §§ 35 Abs. 4, 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 46 Abs. 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 25.000,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Wochen ausgesprochen.

Gemäß § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG iVm §§ 35 Abs. 4, 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 46 Abs. 2 FinStrG

wurde auf die Strafe des Verfalls hinsichtlich der beschlagnahmten Tatgegenstände, namentlich 5.000 Stück Zigaretten der Sorte Marlboro und 1.200 Stück der Sorte Memphis Classic, erkannt.

Gemäß § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG wurde hinsichtlich der nicht mehr greifbaren Tatgegenstände, nämlich 180.200 Stück Zigaretten der Sorte Memphis Classic und Marlboro, anstelle des Verfalls auf die Strafe des Wertersatzes im Ausmaß von € 34.996,00 und für den Fall der Uneinbringlichkeit auf zwei Monate Ersatzfreiheitsstrafe erkannt.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 363,00 bestimmt.

Gegen das Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Graz vom 19. Jänner 2007, StrNr. 1234, richtet sich die fristgerechte Berufung der Beschuldigten vom 22. Februar 2008. Die Bw weist zunächst darauf hin, das Erkenntnis vom 19. Jänner 2007 sei ihr am 12. Februar 2008 durch Hinterlegung zugestellt worden. Dem Verteidiger sei bis zum 22. Februar 2008 kein Erkenntnis übermittelt worden.

Die Bw weist dazu auf den Schriftsatz vom 28. April 2006, aus dem das aufrechte Vollmachtsverhältnis hervorgehe und in dem beantragt worden sei, Bescheidausfertigungen zu Handen des ausgewiesenen Vertreters zuzustellen, hin. Damit seien die Erfordernisse des § 103 Abs. 2 BAO erfüllt, da sich der Vertreter der Bw durch die im erwähnten Schreiben angeführte Passage auf eine Zustellvollmacht in diesem Verfahren berufen habe. Eine Zustellung an die Bw sei daher rechtsunwirksam.

Darüber hinaus enthalte das Erkenntnis auch keine Rechtsmittelbelehrung (§ 140 Abs. 2 FinStrG).

In der Sache selbst bekämpft die Bw das Erkenntnis hinsichtlich der Bemessung der Geldstrafe im Ausmaß von € 25.000,00 und der diesbezüglich ausgesprochenen Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Wochen; ebenso hinsichtlich der Bemessung des Wertersatzes von € 34.996,00 und der diesbezüglich für den Fall der Uneinbringlichkeit verhängten Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Monaten.

Die Bw hat die Anberaumung einer mündlichen Berufungsverhandlung beantragt und den weiteren Antrag gestellt, der Berufung insofern Folge zu geben, als die Geldstrafe, die Wertersatzstrafe und die damit verbundenen Ersatzfreiheitsstrafen herabgesetzt werden.

In der mündlichen Verhandlung vom 13. November 2008 hat die Bw im Wesentlichen bestätigt, im Tatzeitraum bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert gewesen zu sein und vom Finanzamt Graz eine Steuernummer für Selbständige zugewiesen bekommen zu haben.

Die Bw hat ergänzend dargetan, vor dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union für den Aufenthalt in Österreich ein Visum als Selbständige gehabt zu haben. Sie habe über die Aufenthaltbewilligung damit fremdenrechtlich als selbständig gegolten und auch als Selbständige gearbeitet; ein monatliches Gehalt habe sie nicht bezogen.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Das Zustellgesetz, BGBl. Nr. 200/1982, wurde mit BGBl. I Nr. 5/2008 geändert.

Unter anderem wurde dem § 9 Abs. 3 leg. cit., wonach die Behörde, sofern eine Zustellbevollmächtigter bestellt ist und soweit dies gesetzlich nicht anderes bestimmt ist, diesen als Empfänger zu bezeichnen hat, mit Wirkung vom 1. Jänner 2008 (Inkrafttreten) folgender Satz angehängt:

"Geschieht dies nicht, so gilt die Zustellung als in dem Zeitpunkt bewirkt, in dem das Dokument dem Zustellbevollmächtigten tatsächlich zugekommen ist."

Anders als nach der vor der Novelle BGBl. I Nr. 10/2004 geltenden Rechtslage hat das Zustellgesetz vor der Novelle 2008 die Sanierung einer, die Partei und nicht ihren Zustellbevollmächtigten als Empfänger bezeichnenden Zustellverfügung nicht vorgesehen. Nach der Aktenlage wurde das bekämpfte Erkenntnis vom 19. Jänner 2007 der Bw am 12. Februar 2008 durch Hinterlegung zugestellt. Als Beginn der Abholfrist ist der 13. Februar 2008 aktenkundig.

Die gegen das Erkenntnis durch die vertretene Bw erhobene Berufung vom 22. Februar 2008 ist beim Zollamt Graz am 27. Februar 2008 eingelangt. Das Erkenntnis muss dem zustellbevollmächtigten Vertreter der Bw in der Zeit vom 13. Februar 2008 (Beginn der Abholfrist) und dem 22. Februar 2008 (Unterfertigung der Berufung) tatsächlich zugekommen sein. Die Zustellung gilt somit als in der Zeit vom 13. Februar 2008 bis zum 22. Februar 2008 bewirkt. Es ist demnach - entgegen der in der Berufung eingewendeten rechtsunwirksamen Zustellung - von einer im Sinne des § 9 Abs. 3 idF BGBl. I Nr. 5/2008 rechtswirksamen Zustellung auszugehen.

Zur Frage der fehlenden Rechtsmittelbelehrung ist auf § 140 Abs. 2 FinStrG hinzuweisen. Danach wird die Rechtsmittelfrist in dem Fall, dass eine Erkenntnis keine Rechtsmittelbelehrung oder keine Angaben über die Rechtsmittelfrist enthält oder ein Rechtsmittel zu Unrecht für unzulässig erklärt, nicht in Lauf gesetzt.

Die wesentlichen anzuwendenden finanzstrafrechtlichen Bestimmungen sind:

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 § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Abgabenhellerei schuldig, wer vorsätzlich eine Sache oder Erzeugnisse aus einer Sache, hinsichtlich welcher ein Schmuggel, eine Verzollungsumgehung, eine Verkürzung von Verbrauchsteuern oder von Eingangs- oder Ausgangsabgaben begangen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder verhandelt.

Gemäß § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG ist mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich die Strafdrohung sonst richtet, zu bestrafen, wer

a) einen Schmuggel, eine Abgabenhinterziehung oder eine Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabenhellerei nach § 37 Abs. 1 begeht, wobei es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung); ...

Gemäß § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Monopolhellerei schuldig, wer vorsätzlich Monopolgegenstände (§ 17 Abs. 4) oder Erzeugnisse aus Monopolgegenständen, hinsichtlich welcher in Monopolrechte eingegriffen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder verhandelt.

Gemäß § 58 Abs. 2 lit. a FinStrG obliegt die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses, soweit nicht gerichtliche Zuständigkeit gemäß § 53 gegeben ist, einem Spruchsenat als Organ der Finanzstrafbehörde erster Instanz, wenn der strafb Bestimmende Wertbetrag bei den in § 53 Abs. 2 bezeichneten Finanzvergehen (ua. Schmuggel nach § 35 Abs. 1 und Abgabenhellerei nach § 37 Abs. 1) € 11.000,00 übersteigt.

Gemäß § 68 Abs. 1 FinStrG sind für die Dauer des nächsten Jahres die Spruchsenate und die Berufungssenate, deren Vorsitzende und die übrigen Mitglieder sowie die Reihenfolge, in der diese im Fall der Verhinderung des zunächst berufenen Senatsmitglieds einzutreten haben, zu bestimmen.

Gemäß Abs. 2 leg. cit. sind bei der Einrichtung der Spruchsenate und der Berufungssenate jeweils vorzusehen

- a) mindestens ein Senat, dessen Laienbeisitzer von gesetzlichen Berufsvertretungen selbständiger Berufe entsendet sind, und
- b) mindestens ein Senat, dessen Laienbeisitzer von gesetzlichen Berufsvertretungen unselbständiger Berufe entsendet sind.

Gemäß Abs. 3 sind die Geschäfte für jedes Jahr im Voraus unter die Senate so zu verteilen, dass die Durchführung des Verfahrens und die Fällung der Entscheidung bei selbständig berufstätigen Beschuldigten einem nach Abs. 2 lit. a zusammengesetzten Senat oder dessen

Mitglied und bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten einem nach Abs. 2 lit. b zusammengesetzten Senat oder dessen Mitglied obliegt. Wird gegen einen Beschuldigten, der beiden oder keiner der vorgenannten Berufsgruppen angehört oder wird im selben Verfahren gegen mehrere Beschuldigte verhandelt, die verschiedenen der vorgenannten Berufsgruppen angehören, so obliegt die Führung des Verfahrens einem nach Abs. 2 lit. a zusammengesetzten Senat.

Im vorliegenden Fall beträgt der strafbestimmende Abgabebetrag (Zoll, Einfuhrumsatzsteuer, Tabaksteuer) der verfahrensrelevanten der Bw angelasteten Zigaretten insgesamt € 30.790,69, womit sich gemäß § 58 Abs. 2 lit. a FinStrG die Zuständigkeit eines Spruchsenats zur Entscheidung ergibt.

Beim Zollamt Graz waren zum Zeitpunkt der Entscheidungsfällung am 19. Jänner 2007 zwei Spruchsenate eingerichtet.

Dem Senat I als Organ des Zollamtes Graz oblag die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses

- bei selbständigen berufstätigen Beschuldigten,
- bei Beschuldigten, die weder selbständig noch unselbständig oder sowohl selbständig als auch unselbständig berufstätig waren,
- bei mehreren Beschuldigten eines Verfahrens, die verschiedenen der vorgenannten Gruppen angehört haben.

Gleiches hat gegolten, wenn gegen ein Mitglied eines zur gesetzlichen Vertretung berufenen Organes einer juristischen Person (§ 36 Abs. 1 des Arbeitsverfassungsgesetzes, BGBl. Nr. 22/1974) oder gegen einen leitenden Angestellten (§ 36 Abs. 2 Z 2 des Arbeitsverfassungsgesetzes) wegen eines im Rahmen dieser Funktion begangenen Finanzvergehens verhandelt wurde.

Dem Senat II als Organ des Zollamtes Graz hat die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses

- bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten obliegen.

Das bekämpfte Erkenntnis vom 19. Jänner 2007 hat der Spruchsenat II beim Zollamt Graz, dem die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten obliegen hat, gefällt. Diesem Senat gehörte ein Laienbeisitzer einer gesetzlichen Berufsvertretung unselbständiger Berufe an.

Mit der Zuteilung des Finanzstraffalles an den Senat II und der Fällung der Entscheidung wurde diese gesetzmäßig vorgesehene feste Geschäftsverteilung nicht eingehalten, sondern es wurde ein unzuständiges Kollegialorgan tätig. Denn die Bw gehörte nach ihren im

Tatzeitraum zu beurteilenden persönlichen Verhältnissen der Personengruppe an, die selbständig berufstätig ist. Damit ist sie nach der Geschäftsverteilung des Zollamtes Graz in die Zuständigkeit des Senates I gefallen, dem eine Laienbeisitzer einer Berufsgruppe selbständiger Berufe zugeordnet gewesen wäre.

Die Bw hat in der mündlichen Verhandlung vom 13. November 2008 bestätigt, im Tatzeitraum bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert gewesen zu sein und vom Finanzamt Graz eine Steuernummer für Selbständige erhalten zu haben. Sie hat ergänzend dargetan, vor dem Beitritt Bulgariens zur Europäischen Union ein Visum als Selbständige gehabt, über die Aufenthaltsbewilligung damit fremdenrechtlich als selbständig gegolten und auch als Selbständige gearbeitet zu haben; ein monatliches Gehalt habe sie nicht bezogen.

Dass die Bw für den Tatzeitraum der Personengruppe der selbständig Erwerbstätigen zuzuzählen ist, ergibt sich darüber hinaus ohne Zweifel aus den Ausführungen der Bw zu ihren persönlichen Verhältnissen am 5. März 2006 im Zusammenhang mit dem aktenkundigen Versicherungsdatenauszug vom 3. März 2006. Die Bw hat anlässlich ihrer Einvernahme am 5. März 2006 ausgesagt, sie sei im Februar 2001 nach Österreich gekommen und habe bis heute (bis zum 5. März 2006, auch wenn sie zu Beginn des Jahres 2006 in Bulgarien und in Italien war) als Prostituierte in verschiedensten Bars in Graz gearbeitet.

Aus dem Versicherungsdatenauszug vom 10. September 2008 ergibt sich, dass die Bw vom Jahre 2002 an bis zum 24. August 2006 bei der Sozialversicherungsanstalt der gewerblichen Wirtschaft versichert war.

Die für die Bw vergebenen Steuernummer 68 xy lässt jedenfalls den Schluss auf eine selbständige Berufstätigkeit zu, auch wenn dazu darüber hinaus keine weiteren Vorgänge angemerkt sind. Für eine selbständige Berufstätigkeit spricht auch der Umstand, dass die Bw im Tatzeitraum gleichzeitig in verschiedensten Bars in Graz gearbeitet hat.

Wollte man davon ausgehen, dass die Bw im Jahre 2006 – wie dies dem angefochtenen Erkenntnis zu entnehmen ist - ohne Beschäftigung und/oder unselbständig beschäftigt war, sei dazu vermerkt, dass die Zuständigkeit des Senates I auch für Beschuldigte gegeben war, die (im Tatzeitraum) weder selbständig noch unselbständig oder sowohl selbständig als auch unselbständig berufstätig waren, so dass die Bw auch diesfalls nicht in die Zuständigkeit des Senates II hätte fallen können.

Dem Senat II hat lediglich die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten oblegen.

Dadurch, dass mit dem Senat II ein nicht zuständiger Senat geurteilt hat, leidet das Verfahren an dem wesentlichen Mangel, dass bei der Entscheidungsfindung das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt wurde (Art. 83 Abs. 2 B-VG). Eine mit diesem Verfahrensmangel behaftete Entscheidung ist grundsätzlich aufzuheben (z.B. VfGH 3.3.2008 B 97/07; VfGH 29.2.2000 B 2025/99). Dieser Mangel ist in jedem Stadium des Verfahrens wahrzunehmen und kann auch durch die richtige Besetzung des Berufungssenates nicht geheilt werden (VwGH 27.6.1994 93/16/0060).

Eine strafrechtliche Entscheidung enthält gemäß höchstgerichtlicher Judikatur (z.B. VwGH vom 25.10.2006, 2006/15/0223) immer zwei Komponenten, die getrennt zu beurteilen, aber auch getrennt bekämpfbar sind; den Ausspruch über die Schuld und den Ausspruch über die Strafe samt akzessorischem Kostenausspruch.

Im vorliegenden Fall hat die Bw nur die Milderung der Strafen begehrt und somit den Schuldausspruch unbekämpft gelassen. Bezüglich des Schuldausspruchs tritt daher Teilrechtskraft ein (VwGH, 25.10.2006, 2006/15/0223). Der Berufungssenat hat keine gesetzliche Möglichkeit, diesen Teil der erstinstanzlichen Entscheidung aufzuheben, weshalb das Erkenntnis des – wenn auch unzuständigen - Spruchsenats in diesem Umfang bestehen bleibt, sodass inhaltlich darauf nicht weiter einzugehen war.

Hingegen ist der nicht rechtskräftig gewordene Strafausspruch schon aufgrund des formellen Mangels eines unzuständigen Spruchsenates aufzuheben und es konnte sich ein inhaltliches Eingehen darauf erübrigen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Klagenfurt, am 13. November 2008