



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat Wien 5

GZ. FSRV/0012-W/12

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 5, Hofrat Dr. MMag. Roland Schönauer, in der Finanzstrafsache gegen Bw., arbeitslos, geb. xx in D., wohnhaft xxx, wegen der Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs.1 lit. a und 46 Abs.1 lit.a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 6. Februar 2012 gegen das Erkenntnis des Zollamtes Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 27. Dezember 2011, Zl. 100000/90.921/2007-AFB/Tr, StrafNr. 100/2005/01304-001, zu Recht erkannt:

Der Berufung wird Folge gegeben, das angefochtene Straferkenntnis gemäß § 161 Abs.1 FinStrG aufgehoben und das Finanzstrafverfahren mangels Beweisbarkeit der Tat gemäß § 136 in Verbindung mit § 157 FinStrG **eingestellt**.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 27. Dezember 2011, Zl. 100000/90.921/2007-AFB/Tr, StrafNr. 100/2005/01304-001, hat das Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz Herrn Bw. (Berufungswerber, im Folgenden Bw.) nach §§ 37 Abs.1 lit. a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG für schuldig erkannt, weil er am 23.11.2005 im Bereiche des Zollamtes Wien vorsätzlich im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit Frau K. Sachen, die zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 64.000 Stück (= 320 Stangen) näher aufgezählte Zigaretten verschiedener Sorten, hinsichtlich welcher zuvor von bislang unbekannten Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des

Tabakmonopols nach §§ 35 Abs.1 lit.a und 44 Abs.1 lit.a FinStrG begangen worden waren, an sich brachte. Er habe dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs.1 lit. a und 46 Abs.1 lit.a des FinStrG begangen, weshalb über ihn bei einer Höchststrafe von 32.425,08 € gemäß §§ 21, 37 Abs.2 und 46 Abs.2 FinStrG eine Geldstrafe in Höhe von 5.000,- € und für den Uneinbringlichkeitsfall gemäß § 20 FinStrG eine an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe von 10 Tagen festgesetzt wurde.

Gemäß §§ 37 Abs.2 und 46 Abs.2 FinStrG in Verbindung mit § 17 FinStrG wurde auf Verfall der 64.000 Stück Zigaretten erkannt. Gemäß § 23 Abs.4 und Abs.5 FinStrG wurde die am 23.11.2005 von 11.00 Uhr bis 20.30 Uhr in verwaltungsbehördlicher Verwahrungshaft verbrachte Zeit mit 500,- € pro Tag, daher mit 198,- €, auf die Strafe angerechnet.

Weiters wurden die Kosten des Strafverfahrens gemäß § 185 FinStrG pauschal mit 500 € und die allfälligen, durch Bescheid gesondert zu bestimmenden Strafvollzugskosten festgesetzt.

Begründend führte das Zollamt aus, dass die beiden am 23.11.2005 in Wien 11 auf einem Parkplatz bei einer Garage gemeinsam angetroffenen ungarischen Staatsbürger Bw. und K. einer Zollkontrolle unterzogen wurden und sich in den von ihnen transportierten beiden Gepäcksstücken insgesamt 250 Stangen Zigaretten zollunredlicher Herkunft befanden. In der Garage wurden weitere 70 Stangen Zigaretten vorgefunden. Während K. behauptete, die Zigaretten seien von Bw. gebracht worden und sie diese nun zu einer Bekannten zur Einlagerung bringen wollten, bestritt Bw., mit diesen Zigaretten irgendetwas zu tun zu haben. Er sei erst auf dem Parkplatz von der Frau angesprochen worden und habe ihr lediglich geholfen, den Einkaufswagen zu schieben, ohne von den Zigaretten zu wissen. Nach Schilderung des weiteren Verfahrensverlaufes kam das Zollamt zur finanzstrafrechtlichen Würdigung, dass die von Anfang an geständige K. mit ihren detaillierten, schlüssigen und sich selbst belastenden Aussagen glaubwürdig sei, während die leugnenden Aussagen des Bw. als realitätsfremd und völlig unwahrscheinlich anzusehen sind, wonach er bei einem seiner angeblich seltenen Aufenthalte in Wien einer erstmals getroffenen Person solche Hilfe geleistet haben soll. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass auch er um diese zollunredlichen Zigaretten wusste und er sie in der Garage verbergen wollte. Bei einer sich aus den Abgaben und dem inländischen Kleiverkaufspreis ergebenden Strafraum von 32.425,08 € sei unter Berücksichtigung der mildernden Umstände, nämlich seiner finanzstrafrechtlichen Unbescholtenheit, der schon länger zurückliegenden Tat und seiner strafrechtlichen Unauffälligkeit seither sowie unter Berücksichtigung seiner wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse die verhängte Strafe tat- und tätergerecht.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 6.2.2012, wobei er bei seinen bisherigen Aussagen blieb und einwandte, dass man den Aussagen der K. einseitig Glauben schenke, ohne dass man einen weiteren Beweis gegen ihn in der Hand habe. Sie habe bei der Gegenüberstellung nicht einmal seinen Namen oder die Erreichbarkeit gewusst, was deutlich mache, dass sie sich wirklich erstmals gesehen hatten und er dann lebensnahe betrachtet kaum als Mittäter eines Finanzvergehens beigezogen sein konnte. Zudem seien die Aussagen der K. widersprüchlich, wenn sie einmal erklärt, dass sich der Bw. schon vor einigen Tagen bzw. erst beim Großmarkt nach einer Lagerungsmöglichkeit für die Zigaretten erkundigt habe. Eine Überprüfung seiner Telefonate bzw. SMS-Nachrichten hätte beweisen können, dass es keinen telefonischen Kontakt gegeben habe. Aus diesen Gründen sei er von der erhobenen Anschuldigung freizusprechen.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Dem Finanzstrafverfahren liegt der Sachverhalt zugrunde, dass am 23.11.2005 im Zuge von Überwachungstätigkeiten bei einem Kaufhausparkplatz die beiden ungarischen Staatsbürger Bw. und K. in Wien 11 einer Zollkontrolle unterzogen wurden und dabei in Koffern und Taschen verpackt insgesamt 250 Stangen Zigaretten verschiedener Sorten und zollunredlicher Herkunft vorgefunden wurden. Die männliche Person hatte beim Wahrnehmen der Beamten versucht, sich rasch zu entfernen, die Frau wurde im Hof des von ihr angestrebten Hauses M.Str. angehalten. Nach Übernahme der Amtshandlung durch die Zollfahndung Wien reagierte ein auf Zigaretten spezialisierter Diensthund bei einer von K angestrebten Garage der Wohnhausanlage, nach deren Öffnung weitere Taschen voll Zigaretten (70 Stangen) vorgefunden wurden. Die beiden Personen wurden um 11.00 Uhr gemäß § 85 Abs.3 FinStrG festgenommen und die Zigaretten gemäß § 89 Abs.2 FinStrG beschlagnahmt. Die Inhaberin der Garage, Frau O., war nicht anwesend.

In einer ersten Stellungnahme in der Tatbeschreibung gemäß § 83 Abs.3 FinStrG erklärte der Bw., er sei heute mit einem Freund eingereist und während der Freund im Metromarkt ein flüssiges Waschmittel einkaufen ging, habe er, der Bw., beim Auto auf ihn gewartet und sei dabei von der ihm nicht bekannten Frau gebeten worden, ihr beim Schieben des Einkaufswagens und des Trolleys in den Hof ihres nahe gelegenen Wohnhauses zu helfen. Was sich in den Taschen befand, habe er nicht gewusst. Dabei sei er von den Beamten angehalten und kontrolliert worden.

Frau K erklärte, sie sei am heutigen Tag mit dem Zug nach Österreich eingereist, ohne dabei Zigaretten geschmuggelt zu haben. Sie kenne Herrn Bw seit ca. einer Woche und sie hätten

sich ausgemacht, einander hier zu treffen und sie sollte ihm helfen, Zigaretten einzulagern. Sie kenne Frau O und hielt deren Garage für einen geeigneten Einlagerungsort, sie habe schon morgens dort 70 Stangen Zigaretten eingelagert. Bei der Betretung wollte sie soeben zum zweiten Mal mit dem Mann dorthin gehen zur Einlagerung von Zigaretten. Es sei nie über ein Entgelt für diese Hilfe gesprochen worden.

K weist eine Finanzvorstrafe vom 31.8.2005 wegen der Vergehen nach §§ 37 und 44 FinStrG auf (Tatzeitpunkt 7.7.2005), der Bw. ist finanzstrafrechtlich unbescholten.

In der fortgesetzten Beschuldigtenvernehmung am 23.11.2005 blieb K dabei, Bw seit ca. einer Woche und Frau O anlässlich von Einkaufsfahrten nach Wien seit ca. einem halben Jahr zu kennen, diese habe ihr gestattet, eingekaufte Dinge bei ihr kurzzeitig zu lagern. Frau O sei schwer krank und sie sei ihr im Haushalt behilflich. Als sie, K, von Bw vor einigen Tagen nach einer Zwischenlagerungsgelegenheit für Zigaretten gefragt wurde, machte sie ihm den Vorschlag, das in der Garage in der M.Str. zu tun. Daher habe sie gewusst, dass sich Zigaretten in den Taschen befanden, die genaue Stangenzahl war ihr aber nicht bekannt. Den Schlüssel zur Garage habe ihr Frau O heute gegeben, sie, K, habe daraufhin die erste Menge Zigaretten hineingestellt und den Schlüssel an Frau O, die von den Zigaretten keine Kenntnis hat, zurückgegeben. Mit der zweiten Zigarettenmenge hätte sie es genauso gemacht. Wer die Zigaretten von Ungarn nach Österreich brachte wisse sie nicht, auch nicht, an wen sie Bw verkauft hätte. Eine zweite Person, welche sich bei Bw im Auto befand, konnte sie zwar beschreiben, aber namentlich wollte sie diese Person nicht kennen. Auch zu einer Telefonnummer in ihrem Notizblock, die eine Verbindung zu dieser Person ergeben könnte, blieb sie dabei, diese Person nur vom Sehen her und mit dem Vornamen „Csaba“ zu kennen. In ihrem Notizblock enthaltene numerische Aufzeichnungen konnte oder wollte sie nicht aufklären, sie hätten jedenfalls nichts mit Zigaretten zu tun.

Hingegen blieb der Bw. dabei, seinen Freund V. begleitet, K an diesem Tag zum ersten Mal gesehen und ihr auf Bitte lediglich beim Transport der Taschen, ohne Kenntnis vom Zigaretteninhalt, geholfen zu haben, anders lautende Ausführungen seien gelogen. Auch bei einer Gegenüberstellung blieben beide Personen bei ihren bisherigen Versionen. Zu einem bei K vorgefundenen Zettel mit handschriftlichen Notizen zu 5 Gauloises gelb, 3 Gauloises rot und 3 Memphis rot führte sie aus, diesen womöglich schon 2 Jahre bei sich zu haben, es könnte diese Aufzeichnung in Zusammenhang mit der Bestrafung vom 31.8.2005 stehen. Bw hielt die Ausführungen von K schon deshalb für unlogisch, weil er im Fall deliktischer Verbringung von Zigaretten nach Österreich diese mit seinem Freund direkt in ein Versteck gebracht und keinen Grund gehabt hätte, noch zusätzlich Frau K einzuschalten.

Nach den niederschriftlichen Einvernahmen wurde die Verwahrungshaft über K und Bw um 22.15 bzw. 22.30 Uhr aufgehoben.

Die Einvernahme von O. als Zeugin am 28.11.2005 ergab, dass sie Frau K im Sommer 2005 im Huma-Markt kennen gelernt habe und diese helfe ihr wegen der Gehbehinderung bei Einkäufen und im Garten. Sie habe ihr daher erlaubt, in der Garage Waren zu lagern, dazu habe sie ihr vor 2 Wochen den Garagenschlüssel überlassen, der ihr seither noch nicht zurückgegeben wurde. Von Zigaretten wusste sie nichts, sie sei von K getäuscht worden und wolle mit ihr auch keinen Kontakt mehr haben.

Aufgrund des Vorganges erging an K. und Bw. jeweils ein Bescheid über die auf die 320 Stangen Zigaretten entfallenden Abgaben an Zoll, Einfuhrumsatzsteuer und Tabaksteuer im Gesamtausmaß von 10.555,54 € und am 14.12.2007 jeweils eine Strafverfügung gemäß § 143 FinStrG mit der Festsetzung einer Geldstrafe, Ersatzfreiheitsstrafe, eines Kostenersatzes und des Verfalls der 320 Stangen Zigaretten. Während die Strafverfügung gegen K rechtskräftig wurde, erhob der Bw. fristgerecht nach Beantwortung eines Mängelbehebungsauftrages Einspruch gemäß § 145 FinStrG und beteuerte darin neuerlich, mit den Zigaretten nichts zu tun zu haben und K, die nicht einmal seinen Namen wusste, bei ihrer Bitte um Hilfe erstmals gesehen zu haben.

Aufgrund des Einspruchs wurde für den 4.5.2011 gemäß § 135 FinStrG eine mündliche Verhandlung ausgeschrieben, zu der der Bw. nicht erschien, sodass sie gemäß § 126 FinStrG in Abwesenheit durchgeführt wurde. Die als Zeugin geladene K. war erschienen und bekräftigte nach Belehrung über Pflichten und Rechte eines Zeugen ihre bisher gemachten Aussagen.

Aufgrund der Verfahrensergebnisse erging am 27.12.2011 das eingangs beschriebene Erkenntnis.

Die relevanten finanzstrafrechtlichen Bestimmungen sind:

Gemäß § 37 Abs.1 lit.a FinStrG macht sich der Abgabengehlerei 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 § 46 Abs.1 lit.a FinStrG macht sich der Monopolhehlerei schuldig, wer vorsätzlich Monopolgegenstände, hinsichtlich welcher in Monopolrechte eingegriffen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder verhandelt.

Gemäß § 8 Abs.1 FinStrG handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter die Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Gemäß § 82 Abs.1 und Abs.3 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde I. Instanz die ihr gemäß § 80 oder 81 zukommenden Verständigungen und Mitteilungen darauf zu prüfen, ob genügend Verdachtsgründe für die Einleitung des Finanzstrafverfahrens gegeben sind. Das Gleiche gilt, wenn sie in anderer Weise, insbesondere aus eigener Wahrnehmung, vom Verdacht eines Finanzvergehens Kenntnis erlangt. Die Prüfung ist nach den für die Feststellung des maßgebenden Sachverhalts im Untersuchungsverfahren geltenden Bestimmungen vorzunehmen. Ergibt diese Prüfung, dass die Durchführung des Strafverfahrens nicht in die Zuständigkeit des Gerichtes fällt, so **hat** die Finanzstrafbehörde I. Instanz nach der Anordnung des § 82 Abs.3 FinStrG das Finanzstrafverfahren einzuleiten. Gemäß § 83 Abs.1 FinStrG ist die Einleitung des Finanzstrafverfahrens aktenkundig zu machen. Das kann gemäß Abs.3 dieser Bestimmung durch Aufnahme einer Tatbeschreibung geschehen.

Zur finanzstrafrechtlichen Würdigung ist auszuführen:

Die Finanzstrafbehörde I. Instanz erachtete aufgrund der oben geschilderten Vorgänge und Verfahrensergebnisse die Schuld des Bw. betreffend die beiden Delikte nach §§ 37 und 46 FinStrG mit einer Menge von 320 Stangen = 64.000 Stück Zigaretten für ausreichend erwiesen, um eine Bestrafung vorzunehmen. Dem hält der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde II. Instanz einige Zweifel und Unsicherheiten entgegen:

Zunächst ist festzuhalten, dass sich bei den beteiligten Personen für K. insofern ein stärkerer Bezug zur Sache ergibt, als sie - auch laut eigenen Aussagen - öfters in Wien ist, hier die Möglichkeit wahrnahm, sich einen Lagerort für Waren zu verschaffen und hier auch eine beträchtliche Menge Zigaretten bereits eingelagert hatte und eine zusätzliche Menge einlagern wollte, womit bei ihr auf jeden Fall die objektive und subjektive Tatseite der Delikte nach §§ 37 und 46 FinStrG erfüllt waren. Durch die kurz vorher erfolgte Bestrafung wegen derselben Finanzvergehen und bei ihr vorgefundene Aufzeichnungen betreffend Zigaretten zeigt sich bei ihr eine Neigung zu solchen Delikten. Indes stellt sie sich in ihren Aussagen beim gegenständlichen Aufgriffsfall nur als Nebenperson dar, die für den Bw. lediglich

Unterstützungshandlungen setzte, während sie diesen als die aktive und den Vorgang initiiierende Hauptperson eines illegalen Zigarettenumschlags bezeichnet.

Dazu lässt sich die für ein Strafverfahren notwendige Überzeugung nicht herstellen. Der Einwand des Bw., dass K nicht einmal seinen Namen kannte, gibt zu denken, denn man wird auf einen solchen illegalen Warenumsschlag kaum mit einer nicht einmal mit Vornamen bekannten Person eingehen. Deren Glaubwürdigkeit leidet auch in Hinblick darauf, dass man ihr bei der Vernehmung vorhielt, auf dem Notizblock den Namen „Csaba“ und eine Telefonnummer vermerkt zu haben, die Bw. vorher angerufen hat – was den Verdacht aufkommen ließ, dass sie mit dem Mitreisenden des Bw., V. betreffend Zigaretten in Kontakt stand – , diesen jedoch nur „vom Sehen her“ kennen wollte. Dieser Umstand lässt im Übrigen auch andere Szenarien denkbar erscheinen, etwa dass eben V. oder dieser im Zusammenwirken mit dem Bw. der Zigarettenüberbringer ist. Für eine ausreichende Abklärung wäre es hier wohl notwendig gewesen, auch des V. habhaft zu werden. Dass der Bw. beim Ansichtigwerden der Beamten rasch das Weite suchen wollte, macht ihn verdächtig, einen Beweis für seine Mittäterschaft zu den in den Taschen transportierten 250 Stangen und sogar darüber hinaus zu den in der Garage befindlichen 70 Stangen Zigaretten zollunredlicher Herkunft vermag das noch nicht abzugeben. Schließlich hat K in Form einer Zeugenaussage ihre Darstellung bestätigt. Eine solche Zeugeneinvernahme ist nach höchstgerichtlicher Judikatur (z.B. VwGH 16.12.1999, 97/15/0167) zulässig, wenn für eine Person das Dilemma, sich unter Wahrheitspflicht selbst zu belasten, nicht mehr besteht, was ja bei ihr aufgrund der rechtskräftig gewordenen Strafverfügung der Fall ist. Dennoch unterliegt auch eine Zeugenaussage gemäß § 98 Abs.1 FinStrG der freien Beweiswürdigung durch die Behörde, wobei der Wert der Zeugenaussage dadurch herabgemindert erscheint, dass K durchaus ein Interesse daran haben kann, eine weitere Person zu belasten, etwa um bei der Abgabenvorschreibung mit einer anderen Person in einem Gesamtschuldverhältnis zu stehen und die Abgabenbelastung nicht alleine tragen zu müssen.

In der Gesamtbetrachtung des Sachverhalts und Verfahrensverlaufs kommt man hier über eine „Aussage gegen Aussage“ – Konstellation nicht hinaus und ist die Überzeugung der Mittäterschaft des Bw. nicht ausreichend hergestellt und wird voraussichtlich im Sinne von § 82 Abs.3 lit.a. FinStrG auch weiterhin nicht herzustellen sein. Bleiben aber erhebliche Zweifel bestehen, darf gemäß § 98 Abs.3 FinStrG i.V.m. Art.6 Abs.2 der Menschenrechtskonvention die Tatsache nicht zum Nachteil des Beschuldigten als erwiesen angenommen werden bzw. ist dann gemäß § 136 i.V.m. § 157 FinStrG das Finanzstrafverfahren spruchgemäß einzustellen.

Wien, am 7. September 2012