



## Beschwerdeentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates Wien 7, Hofrat Dr. Josef Lovranich, in der Finanzstrafsache gegen JX, XY, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. Werner Tomanek, 1010 Wien, Neutorgasse 13/4, über die Beschwerde der Beschuldigten vom 15. Oktober 2007 gegen den Bescheid über die Einleitung eines Finanzstrafverfahrens gemäß § 83 Abs. 1 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) des Zollamtes Wien, vertreten durch Amtsdirektor Erich Lindmaier, vom 13. September 2007, GZ 1, zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

### Entscheidungsgründe

Mit Bescheid vom 13. September 2007 hat das Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz gegen die Beschwerdeführerin (Bf.) zur SN 1 ein finanzstrafbehördliches Untersuchungsverfahren eingeleitet, weil der Verdacht bestehe, dass sie im Zeitraum 21. Jänner 2005 bis 28. April 2005 im Amtsbereich des Zollamtes Wien eingangsabgabepflichtige Waren, die zugleich Monopolgegenstände seien, nämlich 3.000 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols begangen worden seien, von PJ an sich gebracht und hiermit die Finanzvergehen der Abgabenhehlerei und der Monopolhehlerei nach §§ 37 Abs. 1 lit. a, 46 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen habe.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die fristgerechte Beschwerde der Beschuldigten vom 15. Oktober 2007, in welcher im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Nach Maßgabe des § 149c Abs. 3 StPO sei die Verwertung von Telefonüberwachungsergebnissen bei sonstiger Nichtigkeit nur zulässig, wenn die Überwachung rechtmäßig angeordnet worden sei. Gemäß § 149a StPO sei eine Telefonüberwachung ohne Zustimmung des Anschlussinhabers nur dann zulässig, wenn die Überwachung wahrscheinlich dazu beitragen werde, eine mit Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bedrohte Vorsatztat aufzuklären. Im vorliegenden Fall seien nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsbehörden zuständig. Die Wertgrenzen des § 58 Abs. 2 FinStrG seien auch nicht erreicht. Über die Bf. könne daher wegen eines Verstoßes gegen § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG keine Freiheitsstrafe verhängt werden. § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG sehe keine Freiheitsstrafe vor. Da die Überwachung der Bf. nicht rechtmäßig hätte angeordnet werden können, fehle es an einer wesentlichen Voraussetzung im Sinne des § 149c StPO. Die Verwertung der Telefonüberwachungsprotokolle sei rechtswidrig und habe die Nichtigkeit des Bescheides zur Folge. Bezuglich der mit der Bf. am 28. April 2005 bei der BPD Wien aufgenommenen Niederschrift bestehe, da diese auf dem Grundlagensubstrat der Telefonüberwachung ergangen sei, ebenfalls ein Beweisverwertungsverbot. Dies sei zum einen aus § 120 StGB abzuleiten, zum anderen stelle der VwGH (26.6.2001, 2001/04/0076) zutreffend darauf ab, ob der Zweck der betreffenden Regelung durch die Verwertung dieses Beweises vereitelt würde. Die Verwertung der Niederschrift sei rechtswidrig und mache den Bescheid nichtig. Bei der Vernehmung durch Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz am 14. Juni 2007 habe die Bf. nicht ausgesagt. Sonstige amtliche Ermittlungsergebnisse würden nicht vorliegen. Ein Verweis auf diese sei daher nicht zulässig. Die Begründung der Finanzstrafbehörde erschöpfe sich in Verweisen auf vermeintliche Beweisquellen. Eine nähere Bezeichnung der Umstände, aufgrund welcher der Sachverhalt als erwiesen angenommen werde, fehle gänzlich. Ein Pauschalverweis auf den Akteninhalt sei keine Begründung. Dies insbesondere dann nicht, wenn der eine Teil des Akteninhaltes aufgrund eines Beweisverwertungsverbotes der behördlichen Entscheidung nicht zugrunde gelegt werden dürfe und dem verwertbaren Teil kein Beweiswert zukomme.

***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich der Abgabenhehlerei 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 (§ 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 § 8 Abs. 1 FinStrG handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung ernstlich für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

Gemäß § 82 Abs. 1 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde erster Instanz die ihr gemäß §§ 80 oder 81 zukommenden Verständigungen und Mitteilungen darauf zu prüfen, ob genügende Verdachtsgründe für die Einleitung eines 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 gemäß Abs. 1, dass die Durchführung des Strafverfahrens nicht in die Zuständigkeit des Gerichtes fällt, so hat die Finanzstrafbehörde erster Instanz gemäß § 82 Abs. 3 erster Satz FinStrG das Strafverfahren einzuleiten.

Gemäß § 83 Abs. 1 FinStrG ist die Einleitung des Strafverfahrens aktenkundig zu machen.

Ein Verdacht kann immer nur aufgrund einer Schlussfolgerung aus Tatsachen entstehen. Ohne Tatsachen gibt es keinen Verdacht. Ein Verdacht besteht, wenn hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte die Annahme der Wahrscheinlichkeit des Vorliegens von bestimmten Umständen rechtfertigen (vgl. VwGH 29.3.2006, 2006/14/0097). "Verdacht" ist mehr als eine bloße Vermutung. Es ist die Kenntnis von Tatsachen, aus denen nach der Lebenserfahrung auf ein Finanzvergehen geschlossen werden kann (vgl. VwGH 28.6.2007, 2007/16/0074).

Der Verdacht muss sich sowohl auf den objektiven als auch auf den subjektiven Tatbestand erstrecken (vgl. VwGH 28.9.2004, 2004/14/0014).

Im Spruch des Einleitungsbescheides muss das dem Beschuldigten zur Last gelegte Verhalten, das als Finanzvergehen erachtet wird, nur in groben Umrissen beschrieben werden. Die einzelnen Fakten müssen nicht "bestimmt", somit nicht in den für eine Subsumtion relevanten Einzelheiten, geschildert werden (vgl. VwGH 20.1.2005, 2004/14/0132).

Mit Beschluss vom 20. Jänner 2005 ordnete das Landesgericht (LG) für Strafsachen Wien in der Strafsache gegen PJ wegen § 28 SMG gemäß § 149a Abs. 1 Z 1 lit. a, b und c iVm § 149a

---

Abs. 2 Z 2 und 3 lit. a und b, Abs. 4 sowie § 149b Abs. 1 erster und zweiter Fall StPO die Überwachung des Mobiltelefons des PJ mit der Anschlussnummer XYZ für den Zeitraum 21. Jänner 2005 bis 4. Februar 2005 an.

Mit Beschluss vom 4. Februar 2005 ordnete das LG für Strafsachen Wien in der Strafsache gegen PJ wegen § 28 SMG gemäß §§ 149a Abs. 1 Z 1 lit. c, Z 2 und 3, Abs. 2 Z 3 lit. a, Abs. 4, 149b Abs. 1 StPO die Überwachung des og. Mobiltelefons für den Zeitraum 5. Februar 2005 bis 2. März 2005 an.

Mit Beschluss vom 2. März 2005 ordnete das LG für Strafsachen Wien in der Strafsache gegen PJ wegen § 28 SMG gemäß §§ 149a Abs. 1 Z 1 lit. c, Z 2 und 3, Abs. 2 Z 3 lit. a, Abs. 4, 149b Abs. 1 StPO die Überwachung des og. Mobiltelefons für den Zeitraum 3. März 2005 bis 30. März 2005 an.

Mit Beschluss vom 30. März 2005 ordnete das LG für Strafsachen Wien in der Strafsache gegen PJ wegen § 28 SMG gemäß §§ 149a Abs. 1 Z 1 lit. c, Z 2 und 3, Abs. 2 Z 3 lit. a, Abs. 4, 149b Abs. 1 StPO die Überwachung des og. Mobiltelefons für den Zeitraum 31. März 2005 bis 27. April 2005 an.

Im Zuge einer vom LG für Strafsachen Wien zur GZ XYZ1 angeordneten Hausdurchsuchung stellten Organe der Bundespolizeidirektion Wien am 28. April 2005 im Lagerraum des Geschäftslokals des PJ in XY1, neben Suchtgift 168.620 Stück Zigaretten verschiedener Marken sicher.

Im Keller von JJ in XY2, stellten die og. Organe am 28. April 2005 2.200 Stück Zigaretten der Marken Chesterfield und Memphis Blue sicher.

In einem von PJ benützten Kellerraum in XY3, stellten die og. Organe am 28. April 2005 86.180 Stück Zigaretten verschiedener Marken, bei MN in XY4, am 28. April 2005 6.366 Stück Zigaretten verschiedener Marken, sicher.

Am 28. April 2005 sagte die Bf. anlässlich ihrer Einvernahme durch Organe der Bundespolizeidirektion Wien im Wesentlichen wie folgt aus:

Sie sei zwei Jahre zuvor von Polen nach Wien gekommen und habe in der og. Wohnung ihrer Mutter JJ gewohnt. Kennengelernt habe sie PJ durch ihre Mutter, die bei diesem geputzt habe. Als ihre Mutter auf Urlaub gewesen sei, habe sie geputzt. Im Sommer 2004 habe sie bei PJ in dessen Geschäft in XY1, zu arbeiten begonnen. Es dürften 40 Stunden in der Woche gewesen sein. Die Bf. sei in der Folge zu PJ gezogen. Nach einigen Monaten sei die Bf. wieder zu ihrer Mutter gezogen, da es kleinere Probleme gegeben habe. Ca. einen Monat nach ihrem Arbeitsbeginn bei PJ habe sie dieser gefragt, ob sie billige Zigaretten haben wolle. PJ habe die

Zigaretten in das Geschäft gebracht. Die Bf. habe PJ beim Verkauf der Zigaretten geholfen. Sie habe Zigaretten an ca. 15 Personen weitergegeben. Meist habe es sich um eine Stange oder um zwei Stangen gehandelt. Der Tante von PJ, MN, habe die Bf. manchmal zwei bis drei Stangen Zigaretten gebracht. Kassiert habe die Bf. nie, da sie die Preise nicht gewusst habe. Die Bf. habe sich selbst Zigaretten der Marke Memphis Lights für ihren Eigenbedarf genommen. Dies habe ihr PJ erlaubt. Die Bf. wisse, dass die Zigaretten geschmuggelt worden seien.

Am 11. Mai 2005 sagte PJ anlässlich seiner Einvernahme als Verdächtiger durch Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz im Wesentlichen wie folgt aus:

Ende 2003 oder Anfang 2004 seien ein ungarischer Staatsbürger und ein Staatsangehöriger eines der ehemaligen Ostblockländer in sein Geschäft gekommen und hätten ihm Zigaretten zum Kauf angeboten. Anfangs habe er Zigaretten der Marke Memphis oder Memphis Blue Lights für seinen Eigenbedarf um € 14,00/Stange gekauft. Die og. Lieferanten hätten den Verdächtigen in der Folge bedrängt, mehr Zigaretten von ihnen zu kaufen. Der Verdächtige habe daher begonnen, auch Zigaretten für seinen Bekanntenkreis zu kaufen. Die Zigaretten habe er um € 16,00/Stange und € 17,00/Stange weiterverkauft. Die Bf. sei bei ihm angestellt gewesen und habe über seine Anweisung Zigaretten verkauft.

Am 14. Juni 2007 erklärte die Bf. anlässlich ihrer Einvernahme als Verdächtiger durch Organe der Finanzstrafbehörde erster Instanz, dass sie nicht aussagen wolle.

Bei der Abgabenhehlerei handelt es sich um ein Delikt, das durch verschiedene, rechtlich aber gleichwertige, Verfügungen über eine Sache, hinsichtlich welcher eine der in § 37 Abs. 1 lit. a aufgezählten strafbaren Vortaten begangen wurde, verwirklicht werden kann (vgl. VwGH 21.3.2002, 2002/16/0060). Die Tätigkeit des Hehlers erstreckt sich ua. darauf, dass der Gegenstand, hinsichtlich dessen Abgaben oder Zoll verkürzt wurden, auf irgendeine Weise, nach der demonstrativen Aufzählung auch durch Kauf oder Pfandnahme, an sich gebracht, also eine tatsächliche Verfügungsmacht über ihn erlangt, wird.

Die Bf. hat am 28. April 2005 ausgesagt, dass sie PJ beim Verkauf der Zigaretten geholfen habe und dass sie sich selbst Zigaretten der Marke Memphis Lights für ihren Eigenbedarf genommen habe. Weiters hat die Bf. ausgesagt, dass sie an ca. 15 Personen meist eine Stange oder zwei Stangen Zigaretten weitergegeben habe. PJ hat am 11. Mai 2005 ausgesagt, dass die Bf. über seine Anweisung Zigaretten verkauft habe. 168.620 Stück Zigaretten sind im og. Geschäftslokal des PJ, 86.180 Stück Zigaretten im og. Kellerraum in XY3, 2.200 Stück Zigaretten im og. Keller in XY2, sichergestellt worden und diese Zigaretten seien laut og. Niederschrift vom 11. Mai 2005 und 14. Juni 2007 drittädischer Herkunft. Bei

MN sind weitere 6.366 Stück Zigaretten sichergestellt worden. Es liegen somit hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme der Wahrscheinlichkeit vor, dass die verfahrensgegenständlichen Zigaretten mit dem Makel des Schmuggels (einer der in § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG normierten Vortaten) behaftet sind und dass die Bf. diese Zigaretten, die zugleich Monopolgegenstände sind, an sich gebracht hat. Es besteht folglich der Verdacht, dass die Bf. die objektiven Tatbestandsmerkmale des Finanzvergehens der Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG verwirklicht hat.

Das Wissen um das österreichische Tabakmonopol wird als allgemein bekannt vorausgesetzt.

Die Bf. hat am 28. April 2005 weiters ausgesagt, sie wisse, dass die Zigaretten geschmuggelt worden seien. Es besteht daher der Verdacht, dass die Bf. hinsichtlich der zollunredlichen Herkunft der Zigaretten vorsätzlich im Sinne des § 8 Abs. 1 erster Halbsatz FinStrG gehandelt hat.

Die Einleitung des Finanzstrafverfahrens ist somit zu Recht erfolgt. Die endgültige Beantwortung der Frage, ob die Bf. die ihr zur Last gelegten Finanzvergehen tatsächlich begangen hat, bleibt dem Ergebnis des Untersuchungsverfahrens vorbehalten.

Zur Telefonüberwachung ist Folgendes zu bemerken:

Der Finanzstrafsenat Wien 7 hat ermittelt, dass in keinem der aktenkundigen Telefonüberwachungsprotokolle Gespräche des überwachten Anschlussinhabers mit der Bf. festgehalten worden sind. Diese Telefonüberwachungsprotokolle scheinen somit zu Unrecht in der Begründung des angefochtenen Einleitungsbescheides auf. Im Übrigen wird grundsätzlich die Verwertbarkeit eines Beweismittels nicht dadurch ausgeschlossen, dass es rechtswidrig gewonnen worden ist. Das Beweisverwertungsverbot des § 98 Abs. 4 FinStrG untersagt nur die Fällung des Erkenntnisses (der Strafverfügung) zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten unter Heranziehung von Beweismitteln, die unter Verletzung der Bestimmungen des § 84 Abs. 4 erster und letzter Satz, des § 89 Abs. 3, 4, 8 oder 9, des § 103 lit. a bis c und des § 106 Abs. 2 gewonnen worden sind (Fellner, Kommentar zum Finanzstrafgesetz, Band II, 6. Auflage, § 98 FinStrG Rz 27).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 14. Oktober 2010