



Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Feldkirch 4 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 Irma Rudigier und Mag. Michael Kühne als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen SCH, vertreten durch Dr. Karl Hepperger, Rechtsanwalt in 6020 Innsbruck, Müllerstraße 27/II, wegen Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 42 Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG) über die Berufung des Beschuldigten vom 15. Juli 2003 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Feldkirch als Organ des Zollamtes [nunmehr: Zollamt] Feldkirch vom 13. Juni 2003, StrNr. 2002/00092-001, nach der am 10. Mai 2004 in Abwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers, jedoch in Gegenwart des Amtsbeauftragten Mag. Harald Zlimnig sowie der Schriftführerin Veronika Pfefferkorn durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Die Berufung wird als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 13. Juni 2003, SNr 2002/00092-001, hat der Spruchsenat II als Organ des Zollamtes Feldkirch als Finanzstrafbehörde erster Instanz SCH einer Finanzordnungswidrigkeit nach § 42 TabMG 1996 für schuldig erkannt, weil er im Zeitraum Jänner bis Februar 2002 ca. 30 Stangen inländische Zigaretten verschiedener Marken, die zuvor von unbekannten Tätern gestohlen worden waren, als Fehlerware an sich genommen und diese teilweise ohne hierfür in Besitze der im § 5 Abs. 3 des TabMG 1996 erforderlichen Bewilligung zu sein, im österreichischen Monopolgebiet verkauft hat.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß § 51 Abs. 2 iVm. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 500,-- € verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von fünf Tagen ausgesprochen.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit 50,-- € bestimmt.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Das Hauptzollamt Feldkirch habe sich lediglich auf die niederschriftliche Aussage des Beschuldigten vor dem Untersuchungsrichter des Landesgerichtes Feldkirch gestützt. Durch die Verwertung dieser niederschriftlichen Aussage ohne Durchführung weiterer Ermittlungen habe die Finanzstrafbehörde I. Instanz gegen die auch im vereinfachten Verfahren geltenden Grundsätze der Ermittlung des Sachverhaltes von Amts wegen und des Parteiengehörs verstoßen.

Der Beschuldigte habe in seinem Einspruch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass er die Aussage vor dem Untersuchungsrichter nicht so getroffen habe und es ihm unerklärlich sei, wie es zu deren Protokollierung kommen konnte. Der gegen ihn erhobene Vorwurf beruhe daher ausschließlich auf Aussagen in einem anderen Verfahren, deren Richtigkeit er im übrigen mehrmals bestritten habe. Bei Vermeidung dieser Verfahrensverstöße hätte die Behörde daher zu einem anders lautenden Ergebnis gelangen können. Er habe die Zigaretten nicht gewerbsmäßig in Verkehr gebracht und auch nie die Absicht gehabt, sich durch deren Verkauf und dem daraus resultierenden Gewinn eine fortlaufende Erwerbsquelle zu verschaffen.

Weiters habe es die Behörde unterlassen, in der Begründung des angefochtenen Erkenntnisses die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens, die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und die darauf gestützte Beurteilung der Rechtslage klar und deutlich zusammenzufassen.

Die Annahme der Behörde, er habe in der Absicht gehandelt, sich durch die wiederkehrende Begehung der Tat eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen, habe diese nicht begründet. Unerlässliches Merkmal der Tathandlung nach § 5 Abs. 3 TabMG sei das Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit. Wie sich aus seinen Aussagen ergibt, habe er die angeblich gestohlenen Zigaretten von Jugoslawen gekauft, die ins Geschäft gekommen und ihm die Waren günstig angeboten haben. Aus seinen Aussagen ergebe sich, dass er lediglich eine günstige Gelegenheit genützt habe. Er habe mit den Jugoslawen keine Vereinbarung

dergestalt getroffen, dass diese öfters vorbeischaun, damit er dann die Zigaretten gewerbsmäßig in Verkehr bringen könne. Er habe lediglich eine für ihn günstige Gelegenheit ergriffen. Seine Absicht war jedoch keinesfalls auf die wiederkehrende Begehung gerichtet, weshalb auch nicht von einem gewerbsmäßigen Handeln auszugehen sei. Wären die Jugoslawen nicht vorbeigekommen, wäre ihm dies gleichgültig gewesen.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Eingangs ist festzustellen, dass der Beschuldigte zur mündlichen Verhandlung ohne Angabe von Gründen nicht erschienen ist.

Ein Anruf des Vorsitzenden beim zuständigen Zustellpostamt ergab, dass ein hinterlegtes Schriftstück bzw. ein Vermerk über eine Hinterlegung des Ladung beim Postamt nicht aufgefunden werden konnte, weshalb davon ausgegangen werden kann, dass SCH den RSA-Brief von dem Zustellorgan übernommen hat und lediglich der Zustellnachweis darüber noch nicht bei der Behörde eingelangt war.

Weiters kontaktierte der Vorsitzende fernmündlich die Kanzlei des Verteidigers. Der dort erreichte Konzipient gab die Auskunft, dass Dr. Heppberger aus Termingründen an der Verhandlung nicht teilzunehmen könne. Mit dem Beschuldigten sei aber gesprochen worden, diesem sei der Verhandlungstermin jedenfalls bekannt.

Die Verhandlung wurde daher gemäß § 126 FinStrG in Abwesenheit des Beschuldigten durchgeführt.

Am 19. Februar 2002 wurde von Beamten des Gendarmerieposten Feldkirch, sowie der SEG des Zollamtes Tisis an der Arbeitsstelle des SCH, nämlich im Restaurant B, wegen des Verdachtes eines von SCH begangenen Suchtgiftdeliktes eine Nachschau durchgeführt. Im Zuge dieser Nachschau wurden in den Räumlichkeiten dieser Gaststätte ca. 50 Stangen verschiedener Zigaretten inländischer Herkunft vorgefunden.

Zur Herkunft dieser Zigaretten befragt, gab SCH anlässlich seiner niederschriftlichen Einvernahme am Gendarmerieposten Feldkirch als Verdächtiger an, dass er in den letzten Wochen mehrfach Zigaretten um ATS 30,-- bis 35,-- je Packung von – ihm namentlich nicht bekannten – jugoslawischen Staatsbürgern käuflich erworben habe. Diese "Jugoslawen" kämen ca. alle 14 Tage und würden Zigaretten anbieten. Diese Zigaretten habe er dann mit etwa 20,-- ATS Gewinn pro Packung weiterverkauft.

Diese Aussage wiederholte er auch vor dem Untersuchungsrichter am 21. Februar 2002.

Mit rechtskräftigem Urteil des Landesgerichtes Feldkirch vom 17. September 2002, GZ 16 Hv 17/02 g, wurde SCH schuldig erkannt, im Zeitraum Mitte Oktober bis Mitte Februar 2002 in G zumindest 300 von unbekannten Tätern gestohlene Packungen österreichischer Zigaretten, mithin eine Sache, die ein anderer durch eine mit Strafe bedrohte Handlung gegen fremdes Vermögen erlangt hatte, durch Ankauf von unbekannten Tätern an sich gebracht und dadurch das Vergehen der Hehlerei nach § 164 Abs. 2 des Strafgesetzbuches (StGB) begangen zu haben.

In der Urteilsbegründung wurde festgestellt, dass SCH die verfahrensgegenständlichen Zigaretten von unbekannten Personen ausländischer Herkunft "unter der Hand" zu einem weit unter dem üblichen Verkaufspreis der Austria Tabak angekauft hat. Die Zigaretten wurden von ihm dann mit einem um rund ATS 20,-- pro Packung höheren Preis weiterverkauft.

An diese Feststellungen des in Rechtskraft erwachsenen Urteils des Landesgerichtes Feldkirch als Schöffengericht sind die Finanzstraßenbehörden gebunden.

Damit ist jedoch auch in finanzstrafrechtlicher Hinsicht als erwiesen anzusehen, dass SCH, ohne dazu berechtigt zu sein, einen Handel mit Tabakerzeugnissen durchgeführt hat.

Gemäß § 5 Abs. 3 TabMG 1996 ist der Handel mit Tabakerzeugnissen verboten, soweit er nicht aufgrund einer Bestellung zum Tabaktrafikanten oder einer Bewilligung als Großhändler betrieben wird oder nicht gemäß Abs. 5 oder § 40 Abs. 1 leg.cit. erlaubt ist.

Gem. § 5 Abs. 4 TabMG ist Handel im Sinne des Abs. 3 das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen im Monopolgebiet.

Die Begriffe "gewerbsmäßiges Inverkehrbringen von Tabakerzeugnissen" sind im Tabakmonopolgesetz selbst nicht definiert. Zur Interpretation dieser Begriffe ist daher die Definition im allgemeinen StGB bzw. im FinStrG heranzuziehen. Demnach handelt gewerbsmäßig, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch die wiederholte Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Fest steht, dass SCH nicht zum Tabaktrafikanten bestellt worden ist und er auch keine Bewilligung als Großhändler hat. Der Umstand, dass die Tatgegenstände in dem von ihm betriebenen Restaurant gefunden wurden und er auch mehrfach eingestanden hat, die Zigaretten mit Gewinn (immerhin pro Packung ein Aufschlag von ATS 20,--) weiterverkauft zu haben, lässt einzig den Schluss zu, dass er in Gewinnabsicht gehandelt hat, um aus dem Preisunterschied zwischen An- und Verkauf sich eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen.

Im gegenständlichen Fall steht aufgrund der Aussagen des Berufungswerbers, die er zwar im Laufe des Verfahrens abzuschwächen versucht hat, zweifelsfrei fest, dass seine Handlungsweise darauf gerichtet war, sich mit dem illegalen Verkauf der Zigaretten eine zusätzliche Einnahmequelle zu verschaffen. Der günstige Einkaufspreis der gestohlenen Zigaretten hat es ihm ja auch ermöglicht, diese mit einem beträchtlichen Aufschlag an seine Gäste zu verkaufen. Auch der doch längere Tatzeitraum sowie die Menge der von ihm verhandelten Zigaretten lassen den Schluss zu, dass er gewerbsmäßig gehandelt hat.

Der Einwand des SCH, er habe lediglich eine günstige Gelegenheit genützt, reicht nicht aus, diese Qualifikation seines deliktischen Verhaltens als gewerbsmäßig zu entkräften, zumal in wiederholten Entscheidungen des OGH (u.a. OGH vom 2. April 1998, 15 Os 25/98) festgestellt wurde, dass die tatsächliche Erzielung fortlaufender Einkünfte aus der wiederholten Tatbegehung nicht erforderlich ist, sondern für die Annahme von Gewerbsmäßigkeit bereits eine darauf gerichtete Absicht, sich eine fortlaufende Einnahmequelle zu erschließen, genügt. Es ist in diesem Zusammenhang auch nicht relevant, ob diese Einkunftsquelle dazu geeignet ist, den Lebensunterhalt des Täters zu decken. Auch geringfügige Nebeneinkünfte, und als solche sind die Einnahmen aus dem Zigarettenverkauf zu werten, können gewerbsmäßig erstrebt werden, sofern sie insgesamt den Bagatellbereich übersteigen (vgl. OGH vom 9. August 1997, 11 Os 66/97).

Das Tatbestandsmerkmal des gewerbsmäßigen Inverkehrbringens von Tabakerzeugnissen im Monopolgebiet im Sinne des § 5 Abs. 4 TabMG ist daher als erfüllt anzusehen.

Der weitere Einwand, die Finanzstrafbehörde habe durch die Übernahme der Niederschriften aus dem Strafverfahren ohne Durchführung eigener Ermittlungen das Parteiengehör verletzt, ist nicht zutreffend. Obwohl SCH sowohl zur mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat des Hauptzollamtes Feldkirch als auch zur Verhandlung vor dem Berufungssenat ordnungsgemäß geladen war, ist er zu beiden Terminen ohne Angabe von Gründen nicht erschienen. Er hätte im Zuge dieser Verhandlungen ausreichend Gelegenheit gehabt, die gegen ihn vorliegenden Tatvorwürfe zu entkräften und seine Sicht der Dinge darzulegen. Die Gelegenheit, zur Äußerung zur behördlichen Sachverhaltsannahme sowie zur Kenntnisaufnahme der Ergebnisse der Beweisaufnahmen und eine Stellungnahme hiezu abzugeben, hat SCH aber ohne Angabe von Gründen nicht wahrgenommen. Somit kann aber auch der Vorwurf des mangelnden Parteiengehörs wohl nicht ernsthaft aufrechterhalten werden.

Der Beschuldigte hat daher – wie ausgeführt – den Tatbestand der Finanzordnungswidrigkeit im Sinne des § 42 TabMG 1996 in objektiver und subjektiver Hinsicht verwirklicht.

Bei der Strafbemessung, die nach den Bestimmungen des § 51 Abs. 2 FinStrG (der Strafraum für die Geldstrafe beträgt € 3.625,--) zu erfolgen hatte, waren mildernd die bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit sowie sein Tatsachengeständnis zu berücksichtigen; erschwerend war kein Umstand.

In Anbetracht des Schuldgehalts der Straftat und den schlechten wirtschaftlichen Verhältnissen des Beschuldigten erscheint die verhängte Geldstrafe in Höhe von lediglich € 500,-- tat- und schuldangemessen.

Dieselben Argumente gelten auch für die Ausmessung der Ersatzfreiheitsstrafe, die sich auf die Bestimmungen des § 51 Abs. 2 iVm. § 20 FinStrG gründet.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Bestimmung des § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG und erweist sich ebenfalls als rechters.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 164 FinStrG ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht dem Beschuldigten aber das Recht zu, gegen diesen Bescheid binnen sechs Wochen nach dessen Zustellung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof und/oder beim Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 169 FinStrG wird zugleich dem Amtsbeauftragten das Recht der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingeräumt.

Zahlungsaufforderung

Die Geldstrafe und die Kosten des Finanzstrafverfahrens sind gemäß § 171 Abs. 1 und § 185 Abs. 4 FinStrG binnen eines Monats nach Rechtskraft dieser Entscheidung fällig und mittels eines gesondert zugehenden Erlagscheines auf das Postsparkassenkonto des Zollamtes

Feldkirch zu entrichten, widrigenfalls Zwangsvollstreckung durchgeführt und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe die Ersatzfreiheitsstrafe vollzogen werden müsste.

Feldkirch, 10. Mai 2004

Der Vorsitzende:

Dr. Tannert