

## **IM NAMEN DER REPUBLIK!**

Der Finanzstrafsenat Graz 4 des Bundesfinanzgerichtes hat durch den vorsitzenden Richter V., den Richter R1. und die fachkundigen Laienrichter R2. und R3. in der Finanzstrafsache gegen A. wegen der Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) in Verbindung mit § 38 Abs. 1 FinStrG und der Monopolhehlerei gemäß § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG über die Beschwerde des Beschuldigten vom 13.12.2012 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Graz als Organ des Zollamtes Graz als Finanzstrafbehörde vom 13. Dezember 2012, StrLNr. a., GZ. b. nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung in Anwesenheit des Beschuldigten und des Amtsbeauftragten B. sowie der Schriftführerin C. am 7. Mai 2014 folgendes Erkenntnis gefällt:

1. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und der angefochtenen Bescheid in seinem Ausspruch über die Schuld, die Geldstrafe und die Bezug habende Ersatzfreiheitsstrafe sowie die Wertersatzstrafe und die Ersatzfreiheitsstrafe zur Wertersatzstrafe wie folgt abgeändert:

1.1. A ist schuldig, er hat im Zeitraum September 2008 bis Mai 2009 in Wien vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren (Zigaretten) unverzollter, unverteuerter, drittländischer Herkunft, nämlich 682 Stangen Zigaretten (das sind 136.400 Stück), der Sorten Chesterfield und Memphis, hinsichtlich welcher zuvor durch unbekannte Täter sowohl ein Schmuggel als auch ein Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols begangen worden war und auf welchen Eingangsabgaben in der Höhe von insgesamt 22.411,62 Euro (Zoll 3.928,32 Euro, Tabaksteuer 13.611,36 Euro, Einfuhrumsatzsteuer 4.871,94 Euro) lasten und für welche ein Kleinverkaufspreis von 23.188,00 Euro festgesetzt ist, von D. angekauft und sodann unter Verrechnung eines Preisaufschlages von 1 Euro pro Stange Zigaretten an E. weiterverkauft.

A hat hierdurch in Tateinheit die Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit § 38 Abs. 1 FinStrG sowie der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG verwirklicht.

1.2. Gemäß §§ 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 46 Abs. 2 FinStrG wird unter Bedachtnahme auf § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG die Geldstrafe mit 18.500 Euro (in Worten: achtzehntausendfünfhundert Euro) und für den Fall der Uneinbringlichkeit die an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 20 FinStrG mit 37 Tagen festgesetzt.

1.3. Gemäß § 19 Abs. 4 FinStrG wird hinsichtlich der nicht mehr greifbaren Tatgegenstände anstelle des Verfalles, und zwar für die anteilige Menge, auf die Strafe des Wertersatzes in der Höhe von 6.000 Euro (in Worten: sechstausend Euro) und gemäß § 20 FinStrG wird die im Fall der Uneinbringlichkeit Wertersatzstrafe die an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit 12 Tagen festgesetzt.

1.4. Der Ausspruch über den Verfall bleibt unverändert.

2. Im übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

3. Eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist unzulässig.

## **Entscheidungsgründe**

Im Erkenntnis vom 13. Dezember 2012, StrLNr. a., GZ. b., hat der Spruchsenat II beim Zollamt Graz als Finanzstrafbehörde den Beschuldigten A schuldig erkannt, er habe im Sommer 2006 bis Mai 2009 vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren unverzollter, unsteuerter, drittländischer Herkunft, nämlich 1.100 Stangen Zigaretten (das sind 220.000 Stück) der Sorten Chesterfield, Memphis und Marlboro, hinsichtlich welcher zuvor durch unbekannte Täter sowohl ein Schmuggel als auch ein Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols begangen worden war und auf welchen Eingangsabgaben in der Höhe von insgesamt € 36.147,76 (Zoll € 6.336,00, Tabaksteuer € 21.953,80, Einfuhrumsatzsteuer € 7.857,96) lasten und für welche ein Kleinverkaufspreis von € 37.400,00 festgesetzt ist, von D. angekauft und sodann unter Verrechnung eines Preisaufschlages von € 1,00 pro Stange an E. weiterverkauft. Hierdurch habe A in Tateinheit die Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG in Verbindung mit § 38 Abs. 1 FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG verwirklicht.

Der Spruchsenat verhängte in seinem Erkenntnis über den Beschuldigten unter Bedachtnahme auf §§ 15 und 21 FinStrG gemäß § 37 Abs. 1 FinStrG, § 38 Abs. 1 und § 46 Abs. 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 35.000,00 (bei einer Strafhöchstgrenze von € 145.843,28, demnach im Ausmaß von rund 24 %) mit einer Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe im Ausmaß von 10 Wochen (das sind 70 Tage, sohin 1 Tag pro € 500,00), darüber hinaus gem. § 19 Abs. 4 FinStrG hinsichtlich der nicht mehr greifbaren Tatgegenstände anstelle der Verfalles für die anteilige Menge die Strafe des Wertersatzes in Höhe von € 10.000,00 mit einer Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe im Ausmaß von 3 Wochen (das sind 21 Tage, sohin 1 Tag pro € 476,19) und sprach gem. § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG in Verbindung mit § 37 Abs. 2 FinStrG und § 46 Abs. 2 FinStrG den Verfall über die beschlagnahmten Tatgegenstände, nämlich 2.800 Stück Zigaretten, aus. Dem Beschuldigten wurde der Ersatz der Verfahrenskosten gem. § 185 FinStrG in Höhe von (pauschal) € 500,00 aufgetragen.

Die Finanzstrafbehörde erachtete nachstehenden Sachverhalt als erwiesen:

Der gesondert Verfolgte D. war in einem Finanzstrafverfahren vom Landesgericht für Strafsachen in Wien am 9.8.2011 rechtskräftig wegen §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38 Abs. 1 und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG verurteilt worden. Dem Zollamt Graz sei es im Zuge nachfolgender Ermittlungen gelungen Zigarettenabnehmer dieses Zigarettenlieferanten zu identifizieren und auszuforschen. Der Beschuldigte A (Besch.) habe ebenfalls insbesondere mittels Telefonüberwachungen als Abnehmer größerer Zigarettenmengen ausgeforscht werden können. Zuzufolge der aufgezeichneten Telefongespräche sei unmissverständlich zutage getreten, dass der Besch. größere Zigarettenmengen angekauft habe. Bei einer Hausdurchsuchung am 7.7.2009 in der Wohnung des Besch. seien 2.600 Stück Zigaretten der Marke Marlboro beschlagnahmt worden. Bereits in der ersten Einvernahme habe der Besch. gestanden, regelmäßig größere Zigarettenmengen von D. bezogen bzw. gekauft und mit einem Aufpreis von € 1,00 pro Stange an E. weiter veräußert zu haben. Bei der Hausdurchsuchung seien Kalendereintragungen vorgefunden und sichergestellt worden. In den Kalenderblättern bei verschiedenen Daten und zwar in Bezug auf einzelne Datumsbezeichnungen wie zum Beispiel 30.9.2008, 8.10.2008 usw. seien Vermerke angebracht gewesen wie zum Beispiel 60 Rot, 35 Blau, 10M Blau. Insgesamt habe der Besch. über einen Zeitraum vom Sommer 2006 bis Mai 2009 in Wien von D. zumindest 1.100 Stangen bzw. 220.000 Stück Zigaretten bezogen und diese mit zumindest 1 Euro Gewinnaufschlag weiter verkauft. Unter dem Begriff M Blau habe der Besch. Zigaretten der Marke Memphis Sky Blue vermerkt und an E. geliefert. D. sei dem Besch. bereits aus dem Jahr 2002 über eine weitere involvierte Person, die von D. bezogene Zigaretten günstig veräußerte, bekannt gewesen. Durch regelmäßige Besuche in der "XY" in der Millennium-City habe der Besch. E. kennen gelernt und zu ihr Kontakte unterhalten. Der Besch. sei der beste Kunde und Abnehmer von Zigaretten des D. gewesen. Sowohl der Besch. als auch E. und D. hätten letztlich Angaben über die vom Besch. erworbenen und verhandelten Zigarettenmengen gemacht.

Zufolge der Aussage des Besch. ergebe sich rechnerisch eine Gesamtzahl von 1.242 Stangen Zigaretten, E. habe die Gesamtzigarettenmenge mit 1.100 Stangen und D. diese mit 1.150 Stangen beziffert. Nach dem "Günstigkeitsprinzip" habe der Spruchsenat seiner Entscheidung 1.100 Stangen, das sind 220.000 Stück Zigaretten zugrunde gelegt. Der Senat habe die Äußerungen des Besch. im Abgabeverfahren, die darauf gerichtet waren, die Gesamtmenge an verhandelten Zigaretten zu vermindern, als nicht gewichtig und glaubhaft anerkannt. Es entspreche grundsätzlich der allgemeinen Lebenserfahrung, dass erst im Zuge eines weiteren Verfahrens Beschuldigte versuchen, durch eine entsprechende Verantwortung Tathandlungen zu beschönigen und die Gesamtmengen zu reduzieren. Im Finanzstrafverfahren sei der Besch. von E. massiv belastet worden. Es seien keine Anhaltspunkte oder Gründe dafür gegeben, dass sie den Besch. zu Unrecht belastete. E. habe bekräftigt, dass die Menge mit 1.100 Stangen Zigaretten zutreffend sei. Insgesamt habe die Beschuldigte E. einen derart eindrucksvollen und glaubhaften Eindruck hinterlassen, dass ihre Aussagen auch der Sachverhaltsfeststellung zugrunde gelegt werden konnte.

Die Finanzstrafbehörde berücksichtigte bei der Strafbemessung als mildernd die bisherige Unbescholtenheit und den ordentlichen Lebenswandel des. Besch., sein beinahe umfangreiches bzw. umfassendes Geständnis, den Umstand, dass die Straftaten schon längere Zeit zurückliegen und der Besch. sich in der Zwischenzeit ordnungsgemäß verhalten hat, als erschwerend den langen Deliktszeitraum.

Nach der Aktenlage stützte die Finanzstrafbehörde ihre Strafentscheidung im angefochtenen Erkenntnis auf folgende Ermittlungen:

Am 7. Juli 2009 wurde durch Organwalter der Finanzstrafbehörde bei den Räumlichkeiten des Bf. wegen des dringenden Verdachtes der Verhehlung von Schmuggelzigaretten, der sich auf Ergebnisse von Telefonüberwachungsmaßnahmen im Jänner und Februar 2009 gezielt auf Telefongespräche zwischen dem Bf. und D. gründete, eine von der Staatsanwaltschaft Wien angeordnete Durchsuchung durchgeführt, in deren Verlauf 2.600 Stück Zigaretten der Marke Marlboro light, 1 Buchkalender Bank Austria 2008, 1 Stehkalender Bank Austria 2008, 1 Stehkalender Bank Austria 2009 und 2 handschriftliche Aufzeichnungen sichergestellt wurden.

In der darauffolgenden Einvernahme des Bf. als Beschuldigter am 7.7.2009 in der Zeit von 12:20 Uhr bis 16:30 Uhr, in welcher dem Bf. zunächst die Ergebnisse der Vorermittlungen vorgehalten wurden und er auf einem Foto D. als "Aler" erkannte, gab der Bf. unter anderem wie folgt zu Protokoll (Leiter der Amtshandlung: F.):

*"... Durch den Umstand, dass ich meine Gattin morgens in die Arbeit bzw. abends von der Arbeit abgeholt habe, besuchte ich die Damen der XY. in der Millenniums City, welches im Jahre 2003 begonnen und bis Fasching 2004 des Öfteren. Ich leistete zur damaligen Zeit "Hilfsdienste" und habe ich dann eine gewisse Frau E kennen gelernt. Frau E habe ich glaublich im Jahre 2004 bei der Fa. XY+ kennen gelernt. Die Filialleiterin, eine schwarzhaarige Dame, der bereits genannten XY++ hat glaublich für ihre Kolleginnen Zigarettenbestellungen entgegengenommen. Frau E hat die gesamte Abwicklung der Zigarettenbestellungen durchgeführt. Ich glaube 2005 oder 2006 habe ich damit begonnen für Frau E die Zigaretten in der Oberen Donaustraße bzw. einer Seitenstraße davon abzuholen und habe ich danach die Zigaretten in den 10. Bezirk in die XY++ gebracht. Frau E hat mich angerufen und teilte mir mit, welche und wie viel Zigaretten sie benötigen würde. Daraufhin habe ich D angerufen und habe ich ihm die benötigten Zigarettenmengen bzw. – Marken durchgegeben. ....*

*....Es wurden die Zigaretten nicht immer an Frau E sondern auch an die anwesenden Verkäuferinnen ausgehändigt. Dort bekam ich auch ein verschlossenes Kuvert, welches den Betrag beinhaltete, welchen ich für die Zigaretten bei D im Voraus für die Zigaretten von Frau E bezahlt habe. .... Vor ca. 3 Jahren (Anmerkung: demnach im Jahre 2006), als Frau E die Bestellung bei mir abgegeben hat, wurden großteils Chesterfield von D bezogen. Weiters kann ich angeben, dass ich € 21 pro Stange bei D bezahlt und € 22 pro Stange erhalten habe. Auf die Frage, ob ich immer bei D die Zigaretten abgeholt und bezahlt habe, gebe ich an, dass auch manchmal sein Bruder anwesend war.*

*Frage: Wissen Sie, welche Gesamtmenge an Zigaretten Sie von D bezogen und weitergegeben haben?*

*Antwort: Weiß ich nicht.*

*Frage: Welches war die größte Menge an Zigaretten, die Sie erhalten haben?*

*Antwort: Meiner Erinnerung nach müssten es 100 Stangen (50 Stangen Chesterfield rot und 50 Stangen Chesterfield blau) gewesen sein.*

*Frage: Wie oft wurden im Monat Zigarettenbestellungen bei D aufgegeben?*

*Antwort: Höchstens einmal im Monat. Die letzte Lieferung erfolgte am 4. Mai 2009, dabei handelte es sich um laut Aufzeichnungen des sichergestellten Kalenders um 50 Stangen Chesterfield blau.*

*...*

*Zur Eintragung in meinem Stehkalender vom 1. April 2009 "30 rot, 20 blau" sowie 3. März 2009 "33 rot und 47 blau", 12. März 2009 "11 rot, 11 blau" kann ich angeben, dass diese Zigaretten alle Frau E bekommen hat. ....*

*Zum Kalenderbuch 2008:*

*30. September 2008 "60 rot, 35 blau, 10 M blau",*

*8. Oktober 2008 "20 rot, 10 blau",*

*3. November 2008 "35 blau, 85 rot"*

*11. November 2008 "70 rot, 45 blau, 10 M.blau-Änd. 65 rot, 50 blau",*

*13. Dezember 2008 "33 rot, 2 blau".*

*Auch zu diesen Zigaretten kann ich angeben, dass alle Zigaretten Marke Chesterfield Frau E übernommen hat. Zu den "M.Blau" kann ich angeben, dass es sich dabei um Memphis skyblue handelt und diese auch Frau E erhalten hat, welche sie einer Freundin übergeben hat. Zum Eintrag 3. November 2008 gebe ich an, dass auch diese Zigaretten Frau E erhalten hat und zum Eintrag 11. November möchte ich angeben, dass die dort erwähnten Zigaretten von Frau E bezahlt wurden und sie mir noch 10 Stangen schuldig geblieben ist. ...*

*Frage: Was können Sie zum Zeitraum 2006 bis Juni 2008 in Bezug auf Zigaretten angeben?*

*Antwort: Im Laufe dieses Zeitraumes hat sich die Menge der Zigaretten gesteigert von anfangs 20 bis 30 bis zu den bereits genannten Mengen. Ich habe auch in unregelmäßigen Abständen die Zigaretten übernommen. Die Menge wurde dann mehr und handelte es sich dann um 50 Stangen Zigaretten. Zu den Abständen der Bestellung / Lieferungen kann ich nach genauester Überlegung angeben, dass es sich anfangs zwischen 6 und 8 Wochen handelte und sich erst später die Regelmäßigkeit mit jedem Monat eingestellt hat. Man kann sagen, dass ich im Zeitraum Sommer 2006 bis Juni 2008 eine Menge bei der oa Zeitspanne von 6 bis 8 Wochen bei durchschnittlich 7 Wochen, sind 7 Mal pro Jahr, also im genannten Zeitraum insgesamt 14 Mal und bei einer Bestellmenge von 30 bis 50 Stangen ergibt dies durchschnittlich 40 Stangen pro Lieferung und ergibt dies eine Menge von ca. 560 Stangen Zigaretten, welche ich an Frau E übergeben habe. Über den gesamten Zeitraum hat Frau E die Zigaretten erhalten,*

*sprich von 2006 bis Mai 2009. Diese Zigaretten habe ich alle in dem gesamten Zeitraum 2006 bis Mai 2009 von D. erhalten.....*

*Frage: Warum haben Sie sich angeboten diese Zigarettenlieferungen zu übernehmen?*

*Antwort: Weil Frau E kein Auto und mich gebeten hat diese Lieferungen durchzuführen. Weiters wollte sie nicht mit einer ausländisch sprechenden Person alleine in der Wohnung bei den Übergaben sein bzw. wollte sie nicht, dass ausländische Personen Kontakt bzw. Geschäfte mit ihr in der Firma XY+ hat. ....*

*Frage: Woher stammen die Zigaretten, welche bei der Hausdurchsuchung vorgefunden wurden?*

*Antwort: Dabei handelt es sich um eine Rückware von Zigaretten, welche an Frau E vor 2008 geliefert wurden, da diese Zigaretten qualitativ nicht den Ansprüchen der Abnehmer entsprochen haben. ...."*

D., welcher am 7.7.2009 als Beschuldigter vernommen hinsichtlich seiner Abnehmer der Schmuggelzigaretten bereits ausgesagt hatte, den Namen A+ zu kennen, dass dieser auch ein Kunde von ihm gewesen sei, alle 1 ½ bis 2 Monate 30 bis 50 Stangen Zigaretten bei ihm gekauft hat, ergänzte seine diesbezüglichen Aussagen in der fortgesetzten Niederschrift vom 8.7.2009 (Leiter der Amtshandlung: F, B) wie folgt:

*"... Mir wird ein Photo des A ... gezeigt und ich erkenne ihn darauf eindeutig. P uchingen kaufte bei mir seit ca. 1 ½ Jahren Zigaretten. In den ersten 4 – 5 Monaten kaufte er ca. 30 Stangen im Monat. Danach bis Mai 2009 ca. 50 – 100 Stangen im Monat.*

*Frage: Herr A+ gibt in seiner Einvernahme vom 07.07.2009 an, Sie schon einige Jahre zu kennen und auch schon seit einigen Jahren Zigaretten bekommen zu haben.*

*Antwort: Ja das stimmt. Ich kenne ihn schon seit 5 oder 6 Jahren. Er war schon ein Kunde meines Vaters. ...*

*Frage: A gibt in seiner Einvernahme vom 07.07.2009 nachstehende Zigarettenmenge an, die er bei Ihnen gekauft hat:*

*Sommer 2006 – Sommer 2008 ca. 560 Stangen Zigaretten*

*Sommer 2008 – Mai 2009 ca. 600 Stangen Zigaretten.*

*Antwort: Diese Mengen stimmen. Ich habe diese Mengen auch so in Erinnerung. In der ersten Zeit waren die Mengen, wie Herr A+ angibt, kleiner und im letzten Jahr hat sich die Menge immer gesteigert. Es stimmt somit wie gesagt, dass Herr A+ im gesamten Zeitraum ca. 1.150 Stangen Zigaretten verschiedener Sorten bei mir gekauft hat. Der größte Teil dieser Zigaretten waren Chesterfield Rot und Blau, wenn ich Memphis hatte, das war selten, hat er auch Memphis genommen. Herr A+ hat bei mir € 21,-- je Stange ... bezahlt. Was Herr A+ mit den vielen Zigaretten gemacht hat, weiß ich nicht. Herr A+ war mein bester Kunde. ..."*

E. gab ebenfalls am 7.7.2009 - nach einer freiwillig gestatteten Nachschau in ihrer Wohnung - als Verdächtige vernommen niederschriftlich u.a. zu Protokoll (Leiter der Amtshandlung: G.):

*"Befragt nach meinen Zigarettenaktivitäten gebe ich wahrheitsgemäß an, dass ich alle meine Zigarettenaktivitäten in den von Ihnen vorgefundenen beiden Kalendern vermerkt*

habe. Sämtliche übernommenen Zigaretten/Marken sowie der Erlös daraus sind auf diesen beiden Kalendern notiert.

Frage: Wann haben Sie begonnen Zigaretten ausländischer vermutlich unverzollter Herkunft anzukaufen?

Antwort: Vor ca. 2 ½ Jahren habe ich das erste Mal ausländische Zigaretten angekauft.

Frage: Von wem haben Sie die Zigaretten gekauft?

Antwort: Ich habe sämtliche Zigaretten, welche ich erworben habe, ausschließlich von einem gewissen A.+ , welchen ich in meinem Mobiltelefon unter A+ mit der Nummer c. beziehungsweise A.++ mit der Nummer d. gespeichert habe. A.+ habe ich bei der Fa. XY+ kennen gelernt. Er hatte einen eigenen Süßwarenhandel und hat dieser seine Waren bei uns bezogen. Eines Tages habe ich mit A+ gesprochen, er sah, dass ich rauche, und hat mir dieser angeboten, dass er mir günstig Zigaretten besorgen könne. Da ich mir Geld sparen wollte und neugierig war, habe ich mich auf einen Testkauf eingelassen. Ich habe sodann monatlich bei A+ für meinen Eigengebrauch 2 Stangen der Marke Chesterfield rot gekauft. Ich habe für die Stange € 18,00 bezahlt. Diese Bestellungen begannen Ende 2006 oder Anfang 2007, genau kann ich das heute nicht mehr angeben. Das ging ein paar Monate so. Einige meiner Freundinnen beziehungsweise einige meiner Arbeitskollegen haben gesehen, dass ich ausländische Zigaretten rauche. Im Gespräch haben sie mich gefragt, ob ich ihnen nicht ebenfalls "günstige" Zigaretten besorgen könne. Ich habe dann in weiterer Folge bei A+ immer auch für meine Bekannten Zigaretten mitbestellt. Vor ca. 1 ½ Jahren habe ich für die Dauer von ca. 6 Monate 30 – 40 Stangen Zigaretten der Marke Chesterfield rot und blau von A+ bezogen. Seit ca. 1 Jahr hat sich mein Kundenstock etwas erweitert, sodass ich monatlich zwischen 70 und 80 Stangen Zigaretten bei A+ bestellt habe. Die letzte Lieferung habe ich Mitte Juni bei A+ aufgegeben und hätte ich diese am heutigen Tag erhalten sollen.

Frage: Wie haben Sie die Zigaretten bei A+ bestellt beziehungsweise geliefert bekommen?

Antwort: Ich habe sie bei A+ telefonisch bestellt und er hat sie mir gebracht. Die letzten 3 Lieferungen jedoch hat mir A+ zusätzlich zu meiner bestellten Ware auch noch eine Mehrmenge in meiner Wohnung deponiert. Da A+ relativ weit entfernt wohnte, hat er sich gedacht, dass er nicht so oft fahren müsse, er gleich mehr in der Wohnung lassen könne. Er holte von diesen Zigaretten seine für sich benötigte Menge bei mir immer ab.

Frage: Wie viel haben Sie bei A+ pro Stange bezahlt?

Antwort: Ich habe bei A+ anfangs € 18,00 bezahlt (ca. 6 Monate), dann verlangte er jedoch € 22,00 pro Stange Zigaretten.

Frage: Wussten Sie, woher A+ die Zigaretten bezogen hatte?

Antwort: Nein, das hat mich auch nicht interessiert.

.....

Menge in Summe, welche Frau E von Herrn A+ erhalten hat:

Glaublich waren dies 1.100 Stangen Zigaretten, welche ich in Summe von ihm bezogen habe. ..."

Im Zuge einer ergänzenden Verdächtigenbefragung am 15.9.2009 führte E. zu ihren Kalendereintragungen aus, dass die Einträge "A+" an Tagen jeweils zu Monatsanfang die geplanten Liefertermine der Zigaretten waren.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat der Finanzstrafbehörde am 13. Dezember 2012 erklärte sich der Besch. teilweise schuldig und zwar hinsichtlich einer Gesamtmenge von 682 Stangen Zigaretten, die er von D. gekauft habe. Anders als in seiner Vernehmung vom 7.7.2009 vermochte er die Herkunft jener Zigaretten, die bei ihm sichergestellt worden waren, nicht erklären. Als der Besch. wiederholt nach der Gesamtmenge der transportierten Zigaretten gefragt wurde, gab er an, dies schwer abschätzen zu können und bezifferte die Menge mit vielleicht 800 oder 850 Stangen, vielleicht ein bisschen mehr oder ein bisschen weniger. Zu den Umständen seiner Vernehmung vom, 7.7.2009 nahm der Besch. im Wesentlichen gleich Stellung wie in seiner Beschwerdeschrift. Die damals angegebenen Zigarettenmengen sei eine Art Kompromiss gewesen, um nach Hause kommen zu können. Er bezweifle die damals angegebene Menge hinsichtlich der weiteren 560 Stangen mit dem Zusatz, "es könnte allerdings schon stimmen". Als ihm aus seiner Niederschrift vom 7.7.2009 seine Angaben vorgehalten wurden, wonach es sich bei den ca. 560 Stangen in den Jahren 2006, 2007 und 2008 um kleinere Mengen gehandelt hat, weshalb es dann erst in weiterer Folge diese Eintragungen von ihm auf seinem Kalender gegeben hat, gab der Besch. an: "Dies ist schon richtig".

E. als Zweitbeschuldigte bestätigte in ihrer Aussage ihre bisherige Verantwortung und bestätigte die Richtigkeit ihrer bisherigen Verantwortung. Sie sei mit dem Bf. nie mitgefahren und könne daher nicht sagen, von wem er die Zigaretten bekommen hat. D. kenne sie persönlich nicht. Ende 2006, Anfang 2007 habe sie erstmals Zigaretten von A bekommen. Zunächst seien es nur ein paar Stangen für den Eigenverbrauch gewesen, mit der Zeit mehr, weil auch ihre Freunde als Konsumenten dazugekommen seien. Die gesamte Zigarettenmenge mit den angeführten 1.100 Stangen würde richtig sein.

Beide Beschuldigten verzichteten in der mündlichen Spruchsenatsverhandlung auf die Einvernahme des als Zeugen geladenen, aber nicht erschienenen D..

In seiner Beschwerde vom 6. November 2013 wendet sich der Bf. im vollen Umfang gegen das ihm laut Zustellnachweis am 10. Oktober 2013 zugestellte Erkenntnis des Spruchsenates der Finanzstrafbehörde.

Entscheidungsrelevant bestreitet der Bf. zunächst die ihm zur Last gelegte Menge verhehlter Zigaretten. Er habe im Abgabenrechtsbehelfsverfahren dem Unabhängigen Finanzsenat Originalkalenderbücher der Jahre 2006 und 2007 übergeben, aus denen eindeutig hervorgehe, dass er in diesen Jahren nur einmal mit E. Kontakt gepflogen habe. Zum anderen verweist der Bf. in seiner Beschwerde auf den Umstand, dass es bei seiner Einvernahme (Anmerkung: Beschuldigtenniederschrift vom 7.7.2009) aufgrund seines Gesundheitszustandes sein einziges Bestreben gewesen sei, zum Zwecke der Einnahme von Medikamenten nach Hause zu gelangen. Vom einvernehmenden Beamten sei auf



seine körperliche Verfassung keine Rücksicht genommen worden. Er sei auf Grund seiner Erkrankung ohne Tabletteneinnahme nicht in der Lage gewesen konkrete Aussagen über die Lieferungen an E. zu machen.

E. habe - selbst als Beschuldigte vernommen - die ihn belastenden, unzutreffenden Aussagen gemacht um ihm zu schaden. E. habe ihm Gegensatz zu ihm keine Aufzeichnungen vorlegen können, die ihre Angaben glaubhaft erscheinen ließen. Dasselbe gelte für D., mit dem er sicher in der Zeit von Mitte 2003 bis Beginn 2008 keinen Kontakt gepflogen habe. Auch sei der Besch. entgegen der Aussage des D nicht sein bester Kunde gewesen.

Der Bf. bemängelt, es sei seinen wiederholten Anträgen auf Akteneinsicht durch die Finanzstrafbehörde nicht entsprochen worden.

Der Besch. sei zu keinem Zeitpunkt Besitzer der (weitergegebenen) Zigaretten gewesen; er habe die Zigaretten auf Rechnung und Gefahr der E. von D. abgeholt. Er sei von E. für seine Transportdienste, die eine Strecke von mindestens 50 Kilometer und einen Zeitaufwand von mindestens 3 Stunden je Transport beansprucht hätten, mit einer Aufwandsentschädigung von 1 Euro pro Stange entlohnt worden.

Schließlich beantragt der Bf. die Mitbeteiligten (gemeint sind offensichtlich D. und E.) als Zeugen unter Wahrheitspflicht zu befragen und eine berechtigte Strafe auf das Strafniveau herabzusetzen, mit welchem E. bestraft worden war, und verweist auf seine Rechtsmittel gegen den Abgabenbescheid und den Nebengebührenbescheid des Zollamtes Graz, in welchen Eingaben der Bf. gleichartige Einwendungen erhoben hatte. In der Beschwerde vom 8.10.2011 gegen den Abgabenbescheid, auf welche der Bf. in seiner verfahrensgegenständlichen Beschwerde gegen das Straferkenntnis ausdrücklich mit dem Ersuchen um Berücksichtigung Bezug nimmt, führt der Bf. unter anderem aus, es sei ihm bewusst, dass es einige Ungereimtheiten mit seiner Erstaussage am 7.7.2009 gibt. Auch hier verwies der Bf. auf seinen beeinträchtigten Gesundheitszustand am Tag seiner Einvernahme am 7. Juli 2009. Da er keinerlei Kenntnis mehr davon habe, halte er vorab fest, dass – trotz dieser sehr fair verlaufenen Einvernahme – trotzdem ein enormer Druck auf ihn gelastet habe. Er habe am sogenannten "Melkersson-Rosendahl-Syndrom" gelitten, der sich wie ein Grippeanfall äußere. Den einvernehmenden Beamten müssten seine stark angeschwollenen Lippen und Wangen aufgefallen sein. Auf Grund der Ereignisse habe er es verabsäumt seine Medikamente einzunehmen, weshalb er sich in einem Gesundheitszustand befunden habe, in welchem er keine klaren Gedanken fassen konnte.

Dem Bf. wurde nach Kontaktnahme im Schreiben vom 5. Februar 2014 die begehrte Akteneinsicht durch Übermittlung von Kopien der angeforderten Aktenteile gewährt.

Im Schreiben vom 24.04.2014 beantragte die Finanzstrafbehörde die Zeugenvernehmung des Spruchsenatsvorsitzenden in der Verhandlung vor dem Bundesfinanzgericht zum Beweis dafür, dass sich der Beschuldigte in der Spruchsenatsverhandlung unglaublich, nicht nachvollziehbar und teilweise widersprüchlich verhalten habe, die Mitbeschuldigte E. hingegen einen durchaus glaubwürdigen Eindruck vermittelt habe.

Am 7. Mai 2014 wurde die Verhandlung vor dem Bundesfinanzgericht abgeführt, in deren Verlauf der Leiter der Niederschriftsaufnahme mit dem Beschuldigten vom 7.7.2009 F + zu den Umständen der Amtshandlung und E. und D. als Zeugen und der Bf. zu den Tathandlungen, insbesondere hinsichtlich der Tatzeiträume und Zigarettenmengen, befragt wurden. Der Beweisantrag der Finanzstrafbehörde wurde - wie nachfolgend begründet - abgelehnt.

Das Bundesfinanzgericht hat erwogen:

In finanzstrafrechtlicher Hinsicht sind folgende, auszugsweise angeführte Bestimmungen des Finanzstrafgesetzes in der anzuwendenden Fassung relevant:

Gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG begeht das Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgabenhhehlerei, wer vorsätzlich eine Sache oder ein Erzeugnis 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 Abs. 2 leg.cit. wird die Abgabenhhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Verbrauchsteuern oder an Eingangs- oder Ausgangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen oder die Sachen, die in den verhehlten Erzeugnissen enthalten sind, entfallen. Neben der Geldstrafe ist nach Maßgabe des § 15 auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu erkennen. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Gemäß § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG ist jemand mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, zu bestrafen, der einen Schmuggel, eine Abgabenhinterziehung oder eine Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 begeht, wobei es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung der Abgabenhhehlerei eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung).

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 Abs. 2 leg.cit. wird die vorsätzliche Monopolhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage geahndet. Diese ist bei Tabakwaren gemäß § 44 Abs. 2 lit. c der inländische Kleinverkaufspreis bzw. der gemeine Wert. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Gemäß § 17 Abs. 1 FinStrG darf auf die Strafe des Verfalls nur in den im II. Hauptstück dieses Abschnittes vorgesehenen Fällen, so auch in den Fällen einer vorsätzlichen Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a iVm Abs. 2 leg.cit. und einer vorsätzlichen Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG iVm Abs. 2 leg.cit., erkannt werden.

Gemäß § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG unterliegen Sachen, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde, samt Umschließungen dem Verfall.

Gemäß § 19 Abs. 1 FinStrG ist auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, wenn

(nach lit.a) im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, dass der Verfall unvollziehbar wäre, oder

(nach lit.b) auf Verfall nur deshalb nicht erkannt wird, weil das Eigentumsrecht einer anderen Person berücksichtigt wird, oder

(nach lit.c) in den Fällen des § 17 Abs. 6 erster Satz, wenn der Verfall zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis stünde.

Gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG entspricht die Höhe des Wertersatzes dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten.

Gemäß § 19 Abs. 4 FinStrG ist der Wertersatz allen Personen, die als Täter, andere an der Tat Beteiligte oder Hehler vorsätzlich Finanzvergehen hinsichtlich der dem Verfall unterliegenden Gegenstände begangen haben, anteilmäßig aufzuerlegen.

Stünde der Wertersatz (Abs. 3) oder der Wertersatzanteil (Abs. 4) zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so ist gem. § 19 Abs. 5 FinStrG von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen.

Ist der Wertersatz aufzuteilen (Abs. 4) oder ist vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen (Abs. 5), so sind gem. § 19 Abs. 6 FinStrG hierfür die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23) anzuwenden.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG hat der Täter einen pauschalen Kostenersatz in Höhe von 10 von Hundert der verhängten Geldstrafe, höchstens aber € 500,00 € zu leisten sowie gemäß lit. d die Kosten eines allfälligen Strafvollzugs zu ersetzen.

Gemäß § 21 Abs. 1 und Abs. 2 FinStrG ist bei Verwirklichung mehrerer Finanzvergehen derselben oder verschiedener Art auf eine einzige Geldstrafe zu erkennen, wobei im Fall, dass die zusammentreffenden Strafdrohungen von Wertbeträgen abhängen, die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend ist.

Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG ist bei Verhängung einer Geldstrafe oder eines Wertersatzes zugleich die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen, die gemäß Abs. 2 jeweils drei Monate nicht übersteigen darf.

Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG ist Grundlage für die Bemessung der Strafe die Schuld des Täters.

Gem. § 23 Abs. 2 und Abs. 3 FinStrG sind bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe unter sinngemäßer Anwendung der §§ 32 bis 35 StGB, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gem. § 98 Abs. 3 FinStrG hat die Finanzstrafbehörde unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache erwiesen ist oder nicht; bleiben Zweifel bestehen, so darf die Tatsache nicht zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten angenommen werden.

Der Senat des Bundesfinanzgerichtes vermochte bei der Beurteilung des im Rahmen des Beweisverfahrens, insbesondere aber des in seiner mündlichen Verhandlung

erhobenen Sachverhaltes, nicht mit ausreichender Sicherheit Gewissheit über die von der Finanzstrafbehörde gegen den Bf. erhobenen Tatvorwürfe hinsichtlich des nicht vom Bf. eingestandenen Tatzeitraumes und der für diesen Zeitraum vorgeworfenen Zigarettensmenge gewinnen.

Das Bundesfinanzgericht durfte die Verantwortung des Bf. nicht ohne Überprüfung als unwahr ansehen, weshalb in der Verhandlung vor dem Bundesfinanzgericht seine Verantwortung mit den Angaben seines Zigarettenslieferanten D. und den Angaben seiner Abnehmerin der übernommenen Zigarettens, E., verglichen wurde, und die Glaubwürdigkeit seiner Aussagen - insbesondere in Bezug auf die Darstellung seines beeinträchtigten Gesundheitszustandes und die Umstände bei seiner Vernehmung am 7.7.2009 - durch die Befragung des einvernehmenden Zollorgans F+ und der beiden anderen Zeugen E. und D. einer Beurteilung durch den Senat zuzuführen.

Der Bf. stellte die Tathandlungen zu den ihm vorgeworfenen Finanzvergehen hinsichtlich der aus seinen Kalenderaufzeichnungen abgeleiteten Zigarettensmengen von 682 Stangen aus dem Zeitraum 4. Juni 2008 bis Mai 2009 letztlich außer Streit und blieb auch im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht diesbezüglich bei seiner geständigen Verantwortung.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat des Bundesfinanzgerichtes verantwortete sich der Bf. im Wesentlichen wie in seiner Beschwerde. Der Zeuge D. sagte zu Beginn seiner Ausführungen aus, vor seiner Einvernahme im Juli 2009 nur etwa 1 ½ Jahre lang mit dem Bf. die in Rede stehenden Tathandlungen gesetzt zu haben. Die Zeugin E. hatte bei ihrer Ersteinvernahme am 7.7.2009 hingegen zunächst den Beginn des Ankaufes unverzollter Zigarettens mit "vor ca. 2 ½ Jahren", demnach ab 2007, angegeben. Der Zeuge D. führte keinerlei Aufzeichnungen und der Bf. sowie die Zeugin E. führten hinsichtlich der vom Bf. nicht eingestandenen Zeiträume keinerlei schriftliche Aufzeichnungen. Der Bf. hatte sich während seiner mehrstündigen - vom Zeugen F+ unwidersprochen - ohne Pausen erfolgten Einvernahme am 7.7.2009 in einem Ausnahmezustand befunden, war gesundheitlich stark beeinträchtigt und es war - nach seiner Darstellung - sein einziges Bestreben, die für ihn außergewöhnlich belastende Situation zu beenden. Ihm war während der Vernehmung keine Gelegenheit geboten worden, in die beschlagnahmten Kalender Einsicht zu nehmen, um die ihm vorgehaltenen Zahlen zu verifizieren. Dennoch gestand der Bf. die Richtigkeit der auf Grund seiner Kalendereintragungen abgeleiteten Zigarettensmengen, nämlich die 682 Stangen im Bezug habenden Zeitraum verhehlt zu haben. Die Angaben zu den davor liegenden Zeiträumen habe er nach seiner Darstellung gemacht, um dem verspürten Druck zu entgegnen und die Vernehmung damit zu beenden. Die gesundheitliche Beeinträchtigung zu jener Zeit belegte der Bf. durch die Vorlage des ärztlichen Attestes über seine erhöhten Krankheitsparameter.

Die Verantwortung des Bf. erwies sich jedoch zu verschiedenen Begebenheiten als widersprüchlich und gegenteilig im Vergleich zu den Angaben der Zeugin E. und D., insbesondere zur Frage, ob E. zu D. Kontakte gepflogen hatte und die beiden einander gekannt hatten, was beide im Gegensatz zum Bf. verneinten.

Der Zeuge F+, der als Leiter der Amtshandlung während der Einvernahme des Bf. am 7.7.2009 fungiert hatte, hat nach seiner Aussage eine gesundheitliche Beeinträchtigung beim Bf. nicht festgestellt. Er gab aber zu, dass es in der vierstündigen Vernehmung keine Pausen gegeben hatte und – da diesbezüglich kein Wunsch geäußert wurde – dem Bf. auch kein Getränk verabreicht wurde. Druck sei auf den Bf. nicht ausgeübt worden. Die Zeugin E. bestätigte in der Verhandlung vor dem Bundesfinanzgericht zunächst pauschal die Richtigkeit der Angaben, die sie als Beschuldigte gemacht hatte, konnte jedoch die Diskrepanz zu den in ihrem Verfahren eingestandenen 1.100 Stangen Zigaretten und den Mengen, die sie selbst in der Vernehmung vom 15.9.2009 für den Zeitraum 2008 und 2009 (März 2008 bis April 2009) anhand ihrer eigenen Kalenderaufzeichnungen mit in Summe 369 Stangen Zigaretten beziffert hatte, nicht schlüssig aufklären. Am 7.7.2009 bezifferte E. die Zigarettenmengen mit "glaublich" 1.100 Stangen, die sie in Summe vom Bf. bezogen habe. In der Spruchsenatsverhandlung meinte sie, diese Menge werde richtig sein. Diese Menge sei gemeinsam mit den einvernehmenden Beamten durch eine Hochrechnung anhand der durchschnittlichen Monatslieferungen ermittelt worden. Auch sie vermittelte den Eindruck, dass sie die für sie unangenehme Lage sowohl in den Vernehmungen durch Organe der Finanzstrafbehörde als auch in der Spruchsenatsverhandlung der Finanzstrafbehörde so schnell wie möglich beenden wollte.

Ähnlich äußerte sich D., der als Lieferant der Zigaretten an den Bf. fungiert hatte. Als ihm der Gesamtzeitraum ab 2007 bis 2009 vorgehalten wurde, meinte der Zeuge, dass dies nicht so lange gewesen sein könne; auch die Gesamtmenge von 1.100 Stangen Zigaretten erschien ihm als zu hoch. Im Fortlauf seiner Befragung als Zeuge wurden seine diesbezüglichen Angaben immer vager; er konnte sich nicht mehr an den genauen Zeitraum und an die genaue Zigarettenmenge erinnern. Auch er meinte, die Zigarettenmenge von 1.150 Stangen sei in seiner Vernehmung am 9.7.2009 gemeinsam mit den einvernehmenden Beamten durch Hochrechnung ermittelt worden. Erst als ihm die Angaben des Bf. (Anmerkung: Sommer 2006 – Sommer 2008 ca. 560 Stangen; Sommer 2008 – Mai 2009 ca. 600 Stangen) vorgehalten worden waren, hatte D. dies bestätigt. Auch er sei bestrebt gewesen, die belastende Situation zu beenden und habe schließlich die vorgehaltenen Zahlen als zutreffend erklärt.

Die Aussage des Zeugen D. erwies sich für eine Mengenfeststellung als nicht hinreichend verwertbar. Die zu Beginn seiner Befragung abgegebene Äußerung, den Beginn der Lieferungen an den Bf. bereits mit 2006 anzunehmen, sei nicht realistisch (arg. "so lange war es nicht"), um in der Folge die von den einvernehmenden Beamten vorgehaltenen Zeiten und Zigarettenmengen als möglich zu bestätigen, vermittelte für den Senat den Eindruck, dass sich der Zeuge weder auf den gesamten Tatzeitraum noch auf die Menge der verhehlten Zigaretten festlegen wollte oder konnte. Seine Erstaussage über den Tatzeitraum deckte sich im Wesentlichen jedoch mit den Erstaussagen des Bf. Seine Zeugenaussage zu den Mengen ließ offen, ob die von E. oder die vom Bf. zugegebenen Zigarettenmengen stimmten. Die Zigarettenmengen, die im Zuge der Ersteinvernahmen

vor Organen der Finanzstrafbehörde hochgeschätzt wurden, bewertete der Zeuge D. als eher deutlich überschätzt.

Sowohl die Befragungen der Zeugen E. und D. als auch jene des Bf. vermittelten dem Senat den Eindruck, dass sie, wenn schon nicht objektiv, so aber doch subjektiv während ihrer Befragungen durch die Finanzstrafbehörde im Zuge des Ermittlungsverfahrens im Jahr 2009 einer außergewöhnlichen Stresssituation ausgesetzt gewesen waren, in welcher sich der subjektiv empfundene Druck ständig aufgebaut hatte, die es für sie zu beenden galt. Als Zeiträume eingestanden wurden, die auch die Zeiträume ab Sommer 2006 bis Sommer 2008 einschlossen, die der Hochrechnung für die ermittelten Zahlen zugrunde gelegt wurden, erhielt der Senat den Eindruck, dass die Befragten während ihrer Befragungen vermeinten, die Ermittlungsbehörde würde ihnen wohl nicht Unzutreffendes vorhalten.

Hinsichtlich der vom Bf. nicht eingestandenen Zigarettenmengen konnten weder er noch die beiden Zeugen ihre Angaben auf eigene Aufzeichnungen stützen, sodass es ihnen objektiv nicht möglich war, den Vorhalten der Finanzstrafbehörde zu begegnen, wodurch für die Finanzstrafbehörde ein längerer als ursprünglich eingestandener Tatzeitraum und eine größere als die eingestandene Zigarettenmenge als zutreffend angenommen wurden. Nicht ausgeschlossen erschien es für den Senat, dass in den offenkundigen Stresssituationen, in welchen sich die Genannten befunden hatten, vorgehaltene Geschehnisse als zutreffend bestätigt wurden, die stimmen oder auch nicht stimmen konnten. Es findet sich wiederholt bei den Betreffenden die Aussage, die Menge 1.100 Stangen "wird schon richtig sein". Wenn in der Rechtsbelehrung den Beschuldigten in Aussicht gestellt wird, dass ein Geständnis strafmildernde Wirkung hat, erschien es nicht ausgeschlossen, dass auch Unzutreffendes als wahr dargestellt wurde. Die Zweifel an der im Verfahren vor der Finanzstrafbehörde von E. am 7.7.2009 getätigten Aussage über die (wörtlich zitiert) "*Menge in Summe, welche Frau E von Herrn A+ erhalten hat: Glaublich waren dies 1.100 Stangen Zigaretten, welche ich in Summe von ihm bezogen habe*", - und der vor dem Spruchsenat als richtig befundenen Menge, wurden auch dadurch manifestiert, dass in dieser Mengenangabe auch die beim Bf. beschlagnahmten 14 Stangen (2.800 Stück) Zigaretten einbezogen worden waren, die E. tatsächlich nicht übernommen hatte.

Die Finanzstrafbehörde und auch das Bundesfinanzgericht hatten gem. § 98 Abs. 3 FinStrG 1. Halbsatz unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache erwiesen ist oder nicht (Grundsatz der freien Beweiswürdigung). Der Senat des Bundesfinanzgerichtes konnte aus den dargestellten Widersprüchen und einer unzureichend gebliebenen Gewissheit in Teilbereichen der Darstellung der Geschehnisse in der Schilderung der Tatvorgänge durch die Zeugen D. und E. sowie durch den Bf. nach freier Würdigung aller eingehend aufgenommenen Beweise über die Richtigkeit des Tatvorwurfes des Beschuldigten in Bezug auf den nicht durch Kalenderaufzeichnungen des Bf. nachweisbaren Tatzeitraum und der in diesem Zeitraum fallenden vorgeworfenen Zigarettelieferungen nicht hinreichend Klarheit hinsichtlich der Zigarettenmengen und des Tatzeitraumes erlangen.

Solche Tatsachen durften zufolge des in § 98 Abs. 3 FinStrG 2. Halbsatz als Beweisregel postulierten Grundsatzes "im Zweifel für den Beschuldigten" ("in dubio pro reo") und zur verfahrensrechtlichen Absicherung der Unschuldsvermutung (§ 6 Abs. 2 FinStrG, Art. 6 Abs. 2 MRK) nicht zum Nachteil des Beschuldigten als gegeben angenommen werden. Die verbliebenen Zweifel gingen daher diesbezüglich zugunsten des Beschuldigten (VwGH, 26.1.1989, 88/16/0191, 24.6.2004, 2001/15/0134). Es durften nicht Tatsachen zum Nachteil des Beschuldigten als erwiesen angenommen werden, wenn Zweifel bestehen blieben (VwGH 18.10.2007, 2006/14/0045 und 2006/14/0071).

Insoweit der Bf. in seinem Beschwerdevorbringen mit dem Hinweis, er habe lediglich einen Preisaufschlag in Höhe von 1 Euro pro Stange als Aufwandsentschädigung für Fahrtspesen bei einer Fahrtstrecke von ca. 50 km und für den Zeitaufwand von E. verlangt, die Annahme der gewerbsmäßiger Tatbegehung bekämpft, erachtete der Senat den Preisaufschlag nicht als geeignet, einen solchen als Aufwandsentschädigung in einer Weise zu qualifizieren, die eine gewerbsmäßige Tatbegehung ausschließen würde. Einerseits waren die beförderten Zigarettenmengen im Zuge der Einzeltransporte zu unterschiedlich, um den jeweiligen tatsächlichen Aufwand zu decken (30.9.2008: 105 Stangen, 8.10.2008: 30 Stangen, 3.11.2008: 120 Stangen, 11.11.2008: 25 Stangen, 5.12.2008: 115 Stangen, 13.12.2008: 35 Stangen, 1.4.2009: 50 Stangen, 3.3.2009: 80 Stangen, 12.3.2009: 22 Stangen, 4.5.2009: 100 Stangen; in Summe 682 Stangen, demnach 682 Euro). Andererseits schließt eine Aufwandsentschädigung eine gewerbsmäßige Tatbegehung nicht aus.

Gemäß § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG handelt gewerbsmäßig, wem es bei der Tatbegehung darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. Die Gewerbsmäßigkeit nach § 38 FinStrG entspricht jener des § 70 des Strafgesetzbuches (StGB). Zur Erzielung der gewerbsmäßigen Begehung müssen konkret das objektive Tatbestandselement der Erzielung einer fortlaufenden Einnahme einerseits und das subjektive Tatbestandselement der Absichtlichkeit vorliegen. Die Erzielung einer "fortlaufenden" Einnahme setzt eine zumindest gewisse Zeit hindurch fließende Einkommensquelle voraus (Dorazil-Harbach-Reichel-Kropfitsch, § 38, E 3,6,7,9). Dabei genügt die Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der strafbaren Handlung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (Seewald in Tannert, Finanzstrafrecht, § 38, E 12). Zur Annahme der Gewerbsmäßigkeit genügt das Anstreben auch nur eines Zuschusses zum sonstigen Einkommen des Täters. Dass der Täter seinen Lebensunterhalt ausschließlich aus der deliktischen Einnahmequelle bestreitet, ist nicht erforderlich; es genügt auch die Sicherstellung eines zusätzlichen Aufwandes. Auch der Ersatz von Reisespesen des Täters als Deckung zusätzlichen Aufwandes ist als Einnahme im Sinne einer gewerbsmäßigen Tatbegehung nach § 38 FinStrG zu qualifizieren (OGH, 10.6.1975, 12 Os 46/75). Auch geringfügige Nebeneinkünfte entsprechen dem Erfordernis der fortlaufenden Einnahmen. Die Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit setzt lediglich voraus, dass die Einnahmen insgesamt die Bagatellgrenze von 1000 Schilling - umgerechnet 72,67 Euro - übersteigen (OGH 17.3.1999, 13 Os 149/98). Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ist ein Betrag

ab 100 Euro jedenfalls nicht mehr als geringwertig anzusehen (OGH 6.3.2007, 11 Os 7/07). Zur Erzielung einer Einnahme genügt es, wenn zwar nicht der Gewinn aus jeder einzelnen Tat, wohl aber das angestrebte Einkommen insgesamt diese Bagatellgrenze übersteigt (Seewald in Tannert, Finanzstrafrecht, § 38, E 2,13,14).

Der Bf. hat eingestanden und erwiesenermaßen über einen Zeitraum von mehr als 7 Monaten (30.9.2008 bis 4.5.2009), demnach über einen längeren Zeitraum wiederkehrend, 682 Stangen eingangsabgabepflichtige Zigaretten unter Verrechnung eines Preisaufschlages von 1 Euro pro Stange Zigaretten an E. verkauft. Durch diese deliktische Handlungsweise hat er über einen längeren Zeitraum fortlaufend Einnahmen in Höhe von insgesamt 682 Euro erlangt, die erheblich über der Bagatellgrenze von 72,67 Euro liegen. Die Tatbegehung des Bf. war daher im Lichte der zitierten Rechtsprechung zu Recht als gewerbsmäßig im Sinne des § 38 FinStrG zu qualifizieren.

Der Bf. war unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen der §§ 21, 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 und 46 Abs. 2 FinStrG zu bestrafen. Die höchstmögliche Geldstrafe (der Strafrahmen) lag bei 90.422,86 Euro und errechnete sich für 136.400 Stück Zigaretten (682 Stangen) wie folgt:

Zoll: 3.928,32 Euro

Tabaksteuer: 13.611,36 Euro

Einfuhrumsatzsteuer: 4.871,94 Euro

Summe der Eingangsabgaben: 22.411,62 Euro x 3 = 67.234,86 Euro

Kleinverkaufspreis für 136.400 Zigaretten: 23.188 Euro

Strafrahmen: 67.234,86 Euro plus 23.188 Euro = 90.422, 86 Euro

Unter Bedachtnahme auf die persönlichen Verhältnisse des Bf. (seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass als Milderungsgründe seine finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit, sein umfassendes Geständnis hinsichtlich der beweisbaren Tatvorgänge, sowie der Tatsache, dass die Straftaten schon längere Zeit zurück lagen und er sich in der Zwischenzeit ordnungsgemäß verhielt und keine Erschwerungsgründe zu berücksichtigen waren, erachtete es der Senat aus spezial- und generalpräventiven Gründen für hinreichend, über den Beschuldigten eine Gelstrafe in Höhe von 18.500 Euro, demnach im Ausmaß von 20,46 % des Strafrahmens, zu verhängen.

Die Strafe des anteiligen Wertersatzes war entsprechend der als erwiesen verbliebenen Zigarettenmenge im Verhältnis zum angefochtenen Erkenntnis des Spruchsenates der Finanzstrafbehörde - sie hatte für 133.800 Zigaretten den Gesamtwertersatz mit 36.924 Euro und die anteilige Wertersatzstrafe beim Beschuldigten mit 10.000 Euro im Ausmaß von 27,08 % festgesetzt - unter Bedachtnahme auf die auch beim Wertersatz anzuwendenden Strafzumessungsgründe anzupassen und mit 6.000 Euro festzusetzen. Die Ersatzfreiheitsstrafen im Falle der Uneinbringlichkeit der genannten Vermögensstrafen errechneten sich durch Umlegung eines Betrages von 500,00 Euro pro Tag.

Der Beweisantrag der Finanzstrafbehörde vom 24.04.2014 auf Zeugenvernehmung des Spruchsenatsvorsitzenden zum Beweis dafür, dass sich der Beschuldigte in



der Spruchsenatsverhandlung unglaubwürdig, nicht nachvollziehbar und teilweise widersprüchlich verhalten habe, die Mitbeschuldigte E. hingegen einen durchaus glaubwürdigen Eindruck vermittelt habe, war abzulehnen, weil der Beweisantrag keine Wahrnehmungen des Senatsvorsitzenden zu den Tathandlungen betraf sondern allenfalls nur seine subjektive Beurteilung der Äußerungen der beiden genannten Personen während der Spruchsenatsverhandlung vor der Finanzstraßbehörde. Den Eindruck der Glaubwürdigkeit des Bf. und der Zeugin E. sollte und konnte der Senat des Bundesfinanzgerichtes in der mündlichen Verhandlung selbst gewinnen. Das in Rede stehende beantragte Beweismittel erschien von vornherein nicht geeignet zur Aufklärung des tatbestandsbezogenen Sachverhaltes beizutragen und konnte unzweifelhaft zu weiteren Erkenntnissen nichts beitragen.

Zur Zulässigkeit der Revision:

Gegen diese Entscheidung ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG eine Revision nicht zulässig, da das Erkenntnis nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Aus den dargestellten Erwägungen war spruchgemäß zu entscheiden.