



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Linz  
Finanzstrafsenat 7

GZ. FSRV/0110-L/07

## Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 7, Hofrat Dr. Alois Winklbauer, in der Finanzstrafsache gegen Dipl.Ing. (FH) MZ, techn. Angestellter, geb. 1234, wohnhaft in E, vertreten durch Mag. Hermann Zittmayr, Wirtschaftstreuhänder in 6330 Kufstein, Kreuzgasse 2, wegen des Finanzvergehens des Schmuggels sowie des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 35 Abs.1 lit.a) und § 44 Abs.1 lit.a) des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 26. November 2007 gegen das Erkenntnis des (durch Hofrat Mag. Erich Jungwirth vertretenen) Zollamtes Linz Wels als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 22. Oktober 2007, StrNr. 500/2007/00030-001, nach der am 29. April 2011 in Anwesenheit des Beschuldigten sowie seines Verteidigers, des Amtsbeauftragten Hofrat Mag. Erich Jungwirth sowie der Schriftführerin Tanja Grottenthaler durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

1. Hinsichtlich des im angefochtenen Straferkenntnis des Zollamtes Linz Wels als Finanzstrafbehörde erster Instanz (Entscheidung durch Einzelorgan gem. § 58 Abs.1 lit.a) FinStrG) enthaltenen Ausspruchs über die Schuld des Beschuldigten DI (FH) MZ wird der Spruch wie folgt abgeändert:

„DI (FH) MZ ist schuldig, zum Einen im Zeitraum von Dezember 2003 bis Feber 2004 in 3 Tathandlungen 8.000 Stück (= 40 Stangen) Filterzigaretten der Marke „Marlboro“ im

Gesamtwert von € 896,00 und darauf entfallender Eingangsabgaben in Höhe von € 1.079,30 (davon € 750,08 an Tabaksteuer und € 329,22 an Einfuhrumsatzsteuer) über einen Web-Shop (mit der Internet-Adresse www.tabak.tv) bestellt und dadurch UP (als Inhaber und Geschäftsführer der Fa. C. mit Sitz in Teneriffa, Kanarische Inseln) vorsätzlich dazu bestimmt zu haben, diese eingangsabgabepflichtigen Gemeinschaftswaren im Postweg von den Kanarischen Inseln (Teil des Zollgebietes der Gemeinschaften, in dem die Richtlinie 77/388/EWG keine Anwendung findet) nach Österreich (Teil des Zollgebiets der Gemeinschaften, in dem die vorgenannte Bestimmung anwendbar ist) befördern zu lassen und sie hier (als nach Art.340c Abs.1 lit.b) ZK-DVO iVm Art.163 Abs.2 lit.f) Zollkodex ex lege im gemeinschaftlichen Versandverfahren befindliche Waren) unter Missachtung der bestehenden Gestellungsverpflichtung der gem. Art.59 Abs.2 Zollkodex bestehenden zollamtlichen Überwachung zu entziehen, und zum Anderen in Tateinheit hiezu hinsichtlich dieser Tabakmonopolgegenstände im Kleinverkaufspreis (§ 9 TabMG) in Höhe von € 1.360,00 UP vorsätzlich dazu bestimmt zu haben, das im § 5 Abs.3 TabMG normierte Verbot des Handels mit Tabakerzeugnissen durch das gewerbsmäßige Inverkehrbringen der Monopolgegenstände im Monopolgebiet zu verletzen, und hat dadurch die Finanzvergehen des Schmuggels gemäß § 35 Abs.1 lit.a) FinStrG sowie des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols gemäß § 44 Abs.1 lit.a) FinStrG, und zwar jeweils als Beteiligter (Bestimmungstäter) iSd § 11 FinStrG, begangen.“

2. Hinsichtlich des Ausspruchs über das Strafausmaß wird

a) die **Geldstrafe** gem. §§ 35 Abs.4, 44 Abs.2 FinStrG, und zwar iVm § 21 Abs.1 und 2 FinStrG in Höhe von

**€ 400,00** (in Worten: Euro vierhundert)

sowie die für den Fall deren Uneinbringlichkeit gem. § 20 FinStrG auszusprechende **Ersatzfreiheitsstrafe** mit

**4 Tagen** (in Worten: vier Tage)

festgesetzt;

b) der **Wertersatz** gem. §§ 17 Abs.1 und 2 lit.a), 19 Abs.1 lit.a), 3 und 4 FinStrG iVm §§ 35 Abs.4, 44 Abs.3 FinStrG anteilig für DI (FH) MZ in Höhe von

**€ 680,00** (in Worten: Euro sechshundertachtzig)

sowie die für den Fall dessen Uneinbringlichkeit gem. § 20 FinStrG auszusprechende **Ersatzfreiheitsstrafe** mit

**3 Tagen** (in Worten: drei Tage)

festgesetzt.

3. Die gem. § 185 Abs.1 lit.a) FinStrG von DI (FH) MZ zu ersetzenden Kosten des Finanzstrafverfahrens werden pauschal mit

**€ 40,00** (in Worten: Euro vierzig)

festgesetzt.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis vom 22. Oktober 2007, ZI.500000/91098/8/2006 (zu StrNr. 500/2007/00030-001), hat das Zollamt Linz Wels als Finanzstrafbehörde erster Instanz gem. § 136 FinStrG den Berufungswerber (im Folgenden kurz: Bw) für schuldig erkannt, als Bestimmungstäter iSd § 11 FinStrG die Finanzvergehen des Schmuggels sowie des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach den §§ 35 Abs.1 lit.a), 44 Abs.1 lit.a) FinStrG begangen zu haben: Er habe dadurch, dass er im Zeitraum von Dezember 2003 bis Februar 2004 in 3 Tathandlungen insgesamt 8.000 Stück (= 40 Stangen) Filterzigaretten (Marke „Marlboro“) im Wert von € 896,00 und darauf entfallenden Eingangsabgaben von € 1.079,30 (€ 329,22 Einfuhrumsatzsteuer, € 750,08 Tabaksteuer) über den Web-Shop der Internetadresse [www.tabak.tv](http://www.tabak.tv) bestellt und (nach Überweisung des Kaufpreises) in Empfang genommen habe, eine namentlich (noch) nicht bekannte Person vorsätzlich dazu bestimmt, die erwähnten eingangsabgabepflichtigen Waren bzw. Gegenstände des Tabakmonopols (mit einem Kleinverkaufspreis iSd § 9 TabMG iHv € 1.360,00) zum Einen unter Umgehung der zollrechtlichen Bestimmungen vorschriftswidrig aus einem Teil des Zollgebietes der Gemeinschaft (Kanarische Inseln) in das übrige Zollgebiet der Gemeinschaft (Österreich) zu verbringen und zum Anderen das im § 5 Abs.3 TabMG normierte Verbot des Handels mit Tabakerzeugnissen durch gewerbsmäßiges Inverkehrbringen im Monopolgebiet zu verletzen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 35 Abs.4, 44 Abs.2 iVm. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von € 700,00 verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 7 Tagen ausgesprochen; weiters wurde gem. § 19 Abs.1 FinStrG für die verfahrensgegenständlichen Zigaretten

auf Wertersatz iHv € 1.360,00 und für den Fall dessen Uneinbringlichkeit die Ersatzfreiheitsstrafe mit 7 Tagen festgesetzt. Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit € 70,00 bestimmt.

Im durchgeführten Untersuchungsverfahren, insbesondere an Hand von Überweisungsbelegen sowie der am 1.12.2006 erfolgten Vernehmung des Bw (als Verdächtigen), habe die Finanzstrafbehörde festgestellt, dass dieser auf Grund seiner damaligen finanziellen Verhältnisse als Student das von ihm im Internet vorgefundene günstige Angebot- eine Stange „Marlboro“-Zigaretten um € 22,40- durch Vornahme von insgesamt 3 Bestellungen (5 Stangen im Dezember 2003, 15 Stangen im Jänner 2004, 25 Stangen im Februar 2004) angenommen habe, wobei er die Herkunft der Zigaretten und die rechtliche Zulässigkeit der Ankäufe nicht näher hinterfragt habe. Er habe es zwar für möglich gehalten, dass er gegen gesetzliche Bestimmungen verstoßen könnte, habe diesen Gedanken aber nicht weiter verfolgt, zumal die Verlockung des günstigen Preises für ihn ausschlaggebend gewesen sei. In der am 12.6.2007 abgehaltenen mündlichen Verhandlung habe er bestritten, vorsätzlich gehandelt zu haben, da er damals nicht gewusst habe, dass die Zigaretten von den Kanarischen Inseln und somit von einem „Drittland“ stammten; im Übrigen habe er mit seiner Bestellung über „Internet“ beim Kauf einen offiziellen Weg gewählt.

Das Zollamt verwies in der Begründung seines (erstinstanzlichen) Straferkenntnisses vom 22.10.2007 bezüglich des Vorsatzes auf die (niederschriftlich festgehaltene) wörtliche Aussage des Bw anlässlich seiner Vernehmung am 1.12.2006: Darnach habe dieser ausdrücklich gesagt, dass zum Einen für ihn der günstige Preis ausschlaggebend gewesen sei und er zum Anderen es für möglich gehalten habe, dass er gegen gesetzliche Vorschriften verstoße. Damit stehe für die Finanzstrafbehörde die Schuldform des Vorsatzes (bedingter Vorsatz) fest und habe der Bw sohin objektiv und subjektiv das Finanzvergehen des Schmuggels und der „Monopolhehlerei“ zu verantworten, wobei der strafbestimmende Wertbetrag nach § 35 Abs.4 FinStrG € 1.079,30 und die Höchststrafe € 2.158,60 betrage; dieser sei wegen des (in Tateinheit dazu ebenfalls begangenen) vorsätzlichen Eingriffs in das Tabakmonopol der Kleinverkaufspreis der in Rede stehenden Zigaretten iHv € 1.360,00 hinzuzurechnen, sodass sich ein Strafraum von € 3.518,60 ergebe. Bei der Strafbemessung sei das Geständnis und die bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bw als mildernd zu werten gewesen; zudem sei gem. § 23 Abs.3 FinStrG auf die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bw (als Student Bezieher eines monatlichen Stipendiums von € 150,00) Bedacht zu nehmen gewesen. Unter Berücksichtigung dieser Umstände erachte die Finanzstrafbehörde die Geldstrafe iHv € 700,00 dem Unrechtsgehalt und dem

Verschuldensgrad für angemessen; der Wertersatz sowie der Ausspruch über die Kostentragung gründe sich auf die bezogenen Gesetzesbestimmungen.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die (fristgerechte) Berufung des Beschuldigten (= Bw) vom 26. November 2007, worin er im Wesentlichen Folgendes vorbrachte: Er habe im Zeitpunkt der Bestellungen im Internet jeweils ohne Vorsatz und somit nicht schuldhaft gehandelt. Er habe die aus dem EG-Raum stammenden Zigaretten über eine „ganz normale Internetadresse“ erworben und bezahlt. Er habe weder nachdenken noch hinterfragen müssen, ob diese Zigaretten möglicherweise aus einem Drittland stammen könnten und vom Verkäufer möglicherweise hierfür nicht alle Abgaben entrichtet würden. Die im angefochtenen Erkenntnis zitierte Aussage der Niederschrift vom 1.12.2006 sei nicht von ihm selbst so getätigt worden, sondern vom vernehmenden Organwalter des Zollamtes vorformuliert worden. Deren Inhalt entspreche daher auch nicht seinen Vorstellungen und Gedanken im Zeitpunkt der Zigarettenbestellungen. Damals habe er tatsächlich nicht an mögliche Abgabenverkürzungen gedacht und müsse als offizieller Käufer von Zigaretten im EU-Raum auch nicht an eine solche denken, zumal die Preise von Waren in den einzelnen EU-Ländern oftmals exorbitant voneinander abweichen würden.

In der am 29.4.2011 vor dem Senatsmitglied des Unabhängigen Finanzsenates (als zuständiger Finanzstraßbehörde zweiter Instanz) durchgeführten mündlichen Verhandlung führte der Bw ergänzend zu seinem bisherigen Vorbringen im Wesentlichen Folgendes aus: Ihm sei zwar bewusst, dass er objektiv gesehen einen Schmuggel begangen habe, er sei zum damaligen Zeitpunkt aber Student gewesen und habe nur über geringe Geldmittel verfügt, sodass für ihn als Raucher der niedrige Kaufpreis der Zigaretten ausschlaggebend gewesen sei. Entweder habe ihn ein Studienkollege auf diese günstige Gelegenheit aufmerksam gemacht oder sei er von sich aus auf die Internet-Adresse gestoßen. Diese habe sich ihm als deutsches Unternehmen präsentiert, und zwar auf Grund der darin angegebenen deutschen Kontoverbindung, auf welche per Vorkasse der Kaufpreis der bestellten und per Post gelieferten Zigaretten zu entrichten gewesen sei; über Versandkosten, Zahlungsmodalitäten, Zustellfragen und Zollbehandlung sei darin nichts zu finden gewesen, ebenso wenig darüber, dass die Zigaretten von den Kanarischen Inseln aus versendet würden. Für ihn sei es aber ohnehin ohne Belang gewesen, woher die Zigaretten stammten, weil er sie ja bei einem deutschen Unternehmen bestellt habe und es für ihn als EU-Bürger keinerlei zollrechtlichen Bedenken gegeben habe. An die genaue Beschriftung der (ungefähr eine Woche nach Bezahlung des Kaufpreises bei ihm eingelangten) Postpakete könne er sich nicht mehr erinnern; ihm sei weder Name und Adresse des ausländischen Versenders noch ein

Klebezettel aufgefallen. Zusammenfassend stelle er fest, dass ungeachtet des Umstandes, dass er sich bei der Bestellung abgabenrechtlich tatsächlich nichts gedacht habe, er als EU-Bürger aber davon ausgehen habe können, dass er, wenn er bei einem im EU-Gebiet ansässigen Unternehmen kaufe, nicht hinterfragen müsse, ob das liefernde Unternehmen auch die anfallenden Abgaben ordnungsgemäß entrichte. Keineswegs könne er deshalb als Bestimmungstäter angesehen werden, der den Lieferanten zur Verletzung abgabenrechtlicher Vorschriften aufgefordert habe.

Zur in der Berufung bezüglich Inhalt und Bedeutung in Zweifel gezogenen (in der Niederschrift vom 1.12.2006 so festgehaltenen) Aussage des Bw, es sei ihm zum damaligen Zeitpunkt nicht bewusst gewesen, dass die Bestellung und der Bezug der Zigaretten über Internet illegal sei und er daher auf Grund seiner finanziellen Situation dieses günstige Angebot angenommen habe, ohne die Herkunft der Zigaretten und die rechtliche Zulässigkeit deren Bezugs zu hinterfragen, wobei er einen Gesetzesverstoß zwar für möglich gehalten, jedoch wegen der Verlockung des für ihn ausschlaggebenden günstigen Preises diesen Gedanken nicht weiter verfolgt habe, wurde in der mündlichen Berufungsverhandlung am 29.4.2011 der am 1.12.2006 die Amtshandlung des Zollamtes Linz Wels leitende Zollbeamte ADir FD als Zeuge einvernommen. Dabei sagte der Genannte im Wesentlichen Folgendes aus: Es sei zwar richtig, dass er dem Schriftführer den Satz so, wie dieser in der Niederschrift zu lesen sei, diktiert habe, jedoch habe er den Bw vorher konkret befragt, ob er es für möglich gehalten habe, dass seine Handlungsweise gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen könnte; dies habe der Bw ausdrücklich bejaht. Desgleichen habe sich der Bw über den günstigen Preis der Zigaretten genau so geäußert, wie dies dann im Protokoll festgehalten worden sei. Im Übrigen verweise er diesbezüglich auch auf den Umstand, dass die angefertigte Niederschrift im Anschluss an deren Aufnahme vom Bw noch durchgelesen und von ihm sodann, und zwar ohne Ergänzungs- bzw. Berichtigungswunsch, unterfertigt worden sei.

### ***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

#### 1) Zum Tatvorwurf und zur Schuldfrage:

Gem. § 35. (1) lit.a) FinStrG macht sich des Schmuggels schuldig, wer eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich u.a. der zollamtlichen Überwachung entzieht.

Gem. § 44 Abs.1 lit.a) FinStrG macht sich des vorsätzlichen Eingriffes in Monopolrechte schuldig, wer zu seinem oder eines anderen Vorteil vorsätzlich u.a. die in den Vorschriften über das Tabakmonopol enthaltenen Gebote oder Verbote hinsichtlich der Veräußerung von Monopolgegenständen oder des Handels mit Monopolgegenständen verletzt; hievon ausgenommen ist der Handel mit Tabakerzeugnissen, für die Tabaksteuer entrichtet wurde oder die von der Tabaksteuer befreit sind.

Gem. § 11 FinStrrG begeht nicht nur der unmittelbare Täter das Finanzvergehen, sondern auch jeder, der einen anderen dazu bestimmt, es auszuführen, oder der sonst zu seiner Ausführung beiträgt.

Gem. § 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.

Im gegenständlichen Fall steht außer Streit, dass der Bw im Zeitraum von Dezember 2003 bis Februar 2004 dreimal über die Internet-Seite [www.tabak-tv](http://www.tabak-tv) bei der Fa. C . in Teneriffa, Kanarische Inseln (Geschäftsführer und Inhaber UP ), 5, 10 und 25 (= zusammen 40) Stangen Zigaretten der Marke „Marlboro“ zum (auf der Home-Page angegebenen) Preis von € 22,40 je Stange bestellt, den jeweiligen Kaufpreis per Vorkasse an das dort angegebene Konto bei der S in Düsseldorf bezahlt und ungefähr eine Woche danach die bestellten, ihm mittels Postpaket gelieferten Zigaretten in Empfang genommen und anschließend für seinen Eigenbedarf konsumiert hat.

In diesem Zusammenhang räumt der Bw in der mündlichen Berufungsverhandlung zwar ein, durch diese seine Handlungsweise den objektiven Tatbestand des Schmuggels erfüllt zu haben, bestreitet jedoch die Erfüllung des subjektiven Tatbestandsmerkmals, indem er in Abrede stellt, durch die von ihm getätigten 3 Bestellungen schuldhaft im Sinne der einschlägigen Bestimmungen gehandelt zu haben.

Dazu stellt der Unabhängige Finanzsenat Nachstehendes fest:

Entgegen der vom Zollamt Linz Wels in seinem Straferkenntnis vom 22.10.2007 vertretenen Auffassung ist der festgestellte Sachverhalt nach Dafürhalten des Unabhängigen Finanzsenates nicht unter den ersten bzw. zweiten Fall des § 35 Abs.1 lit.a) FinStrG subsumierbar: Nach gegebener Sachlage kommt in Ansehung des Umstandes, dass es sich beim Herkunftsland (=Ort, von dem aus die Waren an den im Zollgebiet ansässigen Bw geliefert wurden) der in Rede stehenden Zigaretten, nämlich den Kanarische Inseln als Gebiet des Königreichs Spanien und somit laut Art. 3 Abs.1 Zollkodex Zollgebiet der Gemeinschaft, weder um ein „Drittland“ iSd Zollkodex noch um eine Zollfreizone oder ein Freilager handelt, der Bw als Täter einer solchen Zollzuwiderhandlung, d.h. als einer, der eingangsabgabepflichtige Waren (Zigaretten) vorschriftswidrig in das Zollgebiet oder aus einer Freizone bzw. einem Freilager in einen anderen Teil des Zollgebiets verbracht hat (= unmittelbarer Täter) oder eine andere Person zu einer derartigen Handlung bestimmt hat (= Bestimmungstäter), keinesfalls in Betracht.

Hingegen ist der Bw als einer anzusehen, der einen Schmuggel nach § 35 Abs.1 lit.a) 3. Fall FinStrG begangen hat: Denn von den Kanarischen Inseln im Postweg nach Österreich beförderte Gemeinschaftswaren befinden sich gemäß den Bestimmungen des Art. 340c Abs.1 lit.b) ZK-DVO iVm Art.163 Abs.2 lit.f) Zollkodex ex lege im gemeinschaftlichen Versandverfahren und stehen damit gem. Art.59 Abs.2 Zollkodex unter zollamtlicher

vor, wenn sie im Zuge oder im Anschluss an die Beförderung im Versandverfahren unter Missachtung der bestehenden Gestellungsverpflichtung wie nicht der zollamtlichen Überwachung unterliegende Waren behandelt werden, ohne dass daraus ersichtlich wird, dass diese Vorgehensweise noch in irgendeinem Zusammenhang mit der Beförderung oder der erneuten Gestellung steht. Es wird dabei der Abgabenschuldentstehungstatbestand des Art.203 Abs.1 Zollkodex iVm § 2 Abs.1 ZollR-DG (bei dem es übrigens ausschließlich auf die Tathandlung und nicht auf subjektive Tatbestandsmerkmale ankommt) verwirklicht, wobei im Fall, dass es sich bei den betreffenden Waren um Tabakwaren handelt, sowohl Einfuhrumsatzsteuer als auch Tabaksteuer entsteht und festzusetzen ist, weil hinsichtlich dieser Abgaben auf Grund der Bestimmungen des § 2 ZollR-DG die Zollvorschriften (u.a. auch bezüglich der Zollsschuldentstehungstatbestände) sinngemäß anzuwenden sind (siehe dazu UFS vom 11.1.2008, ZRV/0030-Z1W/06).

Das Zollamt Linz Wels hat (in seiner Funktion als Abgabenbehörde) in seinem (an den Bw als Abgabenschuldner gerichteten, nach der Aktenlage in Rechtskraft erwachsenen)



Eingangsabgabenbescheid vom 6.12.2006, ZI.500000/91098/2/2006, den oben festgestellten Sachverhalt – nach Rechtsauffassung des Unabhängigen Finanzsenates zu Unrecht- unter den Art.202 Abs.1 und Abs.3 zweiter und dritter Anstrich Zollkodex iVm § 2 Abs.1 ZollR-DG subsumiert. Da laut einschlägiger höchstgerichtlicher Judikatur (siehe dazu zB VwGH vom 19.2.1987, 85/16/0055, und vom 18.12.1997, 97/15/0083) die Gerichte, aber auch die Finanzstraßenbehörden weder an die Sachverhaltsannahmen noch an die rechtliche Beurteilung des Abgabenverfahrens gebunden sind, steht es demzufolge auch dem Unabhängigen Finanzsenat (als zuständiger Finanzstraßenbehörde zweiter Instanz) zu, den Sachverhalt abgabenrechtlich anders zu beurteilen als die (zuständige) Abgabenbehörde. Und zwar gelangt der Unabhängige Finanzsenat, wie oben bereits dargelegt, im vorliegenden Fall zur Auffassung, dass hier eine Eingangsabgabenentstehung nach Art.203 Abs.1 Zollkodex iVm § 2 Abs.1 ZollR-DG vorliegt, wobei dies für die finanzstrafrechtliche Beurteilung des Falls folgende Konsequenzen hat: Während die zwei ersten Begehungsarten des Schmuggeldelikts nach § 35 Abs.1 lit.a) FinStrG den Zollsschuldentstehungstatbeständen des Art.202 Abs.1 lit.a) und lit.b) Zollkodex entsprechen, entspricht die dritte Begehungsart dem des Art.203 Abs.1 Zollkodex (siehe dazu auch Reger/Hacker/Kneidinger, Finanzstrafgesetz, Bd.1, zu § 35: Rz.3 und 4 zu „Allgemeines“ und Rz.4 zu „Schmuggel“) und ist folglich der festgestellte Sachverhalt unter den dritten Fall des § 35 Abs.1 lit.a) FinStrG zu subsumieren.

Hinsichtlich des Tatvorwurfs bezüglich des Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols tritt dadurch aber keine Änderung ein: Auch der Unabhängige Finanzsenat ist wie die Finanzstraßenbehörde erster Instanz in ihrem Straferkenntnis der Auffassung, dass der Bw durch die von ihm an den Tag gelegte Handlungsweise den Tatbestand des im § 44 Abs.1 lit.a) FinStrG, und zwar als Bestimmungstäter iSd § 11 FinStrG, begangen hat.

Dass der Bw bei beiden obgenannten Finanzvergehen als Bestimmungstäter (= an den Taten Beteiligter) anzusehen ist, ergibt sich schon aus der Definition dieses Begriffs: Darnach ist Bestimmen iSd § 11 FinStrG vorsätzliches Veranlassen der Tatbegehung durch Erwecken des Tatentschlusses (OGH vom 18.12.1975, 13 Os 76/75); Bestimmungstäter ist sohin, wer den unmittelbaren Täter zur Ausführung einer mit Strafe bedrohten Handlung veranlasst (OGH vom 17.3.1998, 14 Os 147/97, und VwGH vom 20.1.2005, 2004/14/0132), der also durch ein Verhalten, das den (oder zumindest einen) Anstoß zur Tatausführung gibt, dafür ursächlich wird, dass sich ein anderer zur Ausführung einer strafbaren Handlung entschließt (OGH vom 29.6.1995, 12 Os 61/95); als Bestimmungshandlung kommt dabei jedwede Verhaltensweise in Betracht, die den Anstoß zur Tatausführung durch einen anderen gibt (OGH vom 4.6.1996, 11 Os 179/95).

Im gegenständlichen Fall steht diesbezüglich fest, dass der Bw dadurch, dass er auf das von ihm im Dezember 2003 bzw. Jänner und Feber 2004 auf der Internet-Seite [www.tabak.tv](http://www.tabak.tv) vorgefundenen „Angebot“ des UP - Filterzigaretten „Marlboro“ um € 22,40 pro Stange frei Haus- durch die von ihm vorgenommenen 3 Bestellungen eingegangen ist (und auch den Kaufpreis hierfür per Vorkasse auf das angegebene, dem UP zuzuordnende Konto eines deutschen Bankinstituts entrichtet hat), den Genannten veranlasst hat, ihm die bestellten Zigaretten unter Missachtung der bestehenden zollrechtlichen Verfahrens- und Gestellungsvorschriften in Erfüllung des (auf die oben beschriebene Art zustande gekommenen) Kaufgeschäfts im Postweg von den Kanarischen Inseln an seinen Wohnsitz in Österreich (= Anwendungsgebiet für Umsatz- und Tabaksteuer; siehe dazu System-RL, RL 92/12/EWG, Abl.Nr. L 76 v.23.3.1992; und RL 2006/112/EG, Abl.Nr. L 347 v.11.12.2006) zu übersenden. Des Weiteren hat der Bw durch Empfangnahme der Zigarettensendungen dazu beigetragen, dass UP die in Rede stehende Zigaretten (als dem österreichischen Tabakmonopol unterliegende Gegenstände, siehe § 1 TabMG 1996) dem bestehenden Veräußerungs- und Handelsverbot (siehe § 5 TabMG 1996) zuwider in Verkehr gebracht hat. Der Bw hat also mit dieser seiner Verhaltensweise den Anstoß zur Ausführung der oberwähnten Finanzvergehen durch UP (als unmittelbarer Täter) gegeben, wobei ihm (als Raucher und somit ohne Zweifel in Kenntnis der regulären Verschleißpreise der Zigarettensorte „Marlboro“) allein schon auf Grund des niedrigen Preises der angebotenen Zigaretten (€ 22,40 anstatt € 34,00) bewusst gewesen sein musste, dass diese nur unter Umgehung einer ordnungsgemäßen Gestellung und Entrichtung der in Österreich anfallenden Tabak- und Einfuhrumsatzsteuer an ihn (im Anwendungsgebiet) geliefert werden konnten. Wäre der Bw, wie er im Verlauf des gegenständlichen Rechtsmittelverfahrens behauptet hat, tatsächlich davon ausgegangen, dass die Zigaretten aus Deutschland stammten, hätte ihm deren außergewöhnlich niedriger Preis dennoch auffallen müssen, zumal allgemein bekannt ist, dass die Zigarettenpreise (einschließlich der dort darauf entfallenden Abgaben) in Deutschland ähnlich hoch wie in Österreich sind. Insofern erscheint der diesbezügliche Einwand des Bw somit wenig glaubwürdig.

Dazu kommt, dass dem Bw spätestens ab dem Zeitpunkt des Erhalts der ersten Zigarettensendung (im Dezember 2003) auf Grund der für ihn auf dem Postpaket ersichtlichen Absenderangaben jedenfalls zur Kenntnis gelangt ist, dass die von ihm über die Internet-Seite [www.tabak.tv](http://www.tabak.tv) bestellten Zigaretten von den Kanarischen Inseln, also aus einem Gebiet des Zollgebietes der Gemeinschaft, von dem (auch aus der vom Bundesministerium für Finanzen herausgegeben, bei allen Zolldienststellen aufliegenden Informationsfalter „Zoll-Info“)

allgemein bekannt ist, dass für dieses Gebiet „Besonderheiten“ hinsichtlich des Bezugs verbrauchsteuerpflichtiger Waren gelten, zugesandt werden.

Für die Annahme von bedingtem Vorsatz bei der Tatbegehung durch den Bw spricht aber vor allem die Tatsache, dass dieser anlässlich seiner (erstmaligen) Einvernahme als eines Finanzvergehens Verdächtiger am 1.12.2006 (sinngemäß) ausgesagt hat, dass er auf Grund seiner damaligen finanziellen Lage als Student das günstige Angebot angenommen hat, ohne die Herkunft der Zigaretten und die rechtliche Zulässigkeit deren Bezugs weiter hinterfragt zu haben, sondern es sogar für möglich gehalten hat, dass er gegen gesetzliche Vorschriften verstößt, wobei er diesem Umstand jedoch nicht weiter Bedeutung beigemessen hat, zumal für ihn ohnehin nur der besonders günstige Preises ausschlaggebend gewesen ist. Dem sich auf diese Äußerung beziehenden Vorbringen des Bw in seiner Berufung bzw. in der mündlichen Verhandlung vom 29.4.2011, ihm seien diese Worte seitens des Vernehmungsorgans vorformuliert worden und stammten daher nicht von ihm, ist indes die glaubwürdige (oben bereits wieder gegebene) Aussage des in der mündlichen Verhandlung am 29.4.2011 dazu als Zeuge befragten Zollbeamten ADir D. entgegenzuhalten, wodurch die Argumentation des Bw, mit der er offensichtlich beabsichtigt, seine ursprüngliche (ihn belastende) Aussage zu revidieren oder zumindest „abzuschwächen“, in diesem Punkt eindeutig entkräftet wird.

Der Unabhängige Finanzsenat gelangt somit in Ansehung und Würdigung der vorliegenden Fakten und Beweise in der strittigen Frage, welche Schuldform vorliegt bzw. ob der Bw überhaupt schuldhaft iSd Finanzstrafgesetzes gehandelt hat, zu dem Schluss, dass der Bw die ihm vorgeworfenen Finanzvergehen vorsätzlich, wenn auch nur mit bedingtem Vorsatz, begangen hat: Ein derartiger Eventualvorsatz liegt vor, wenn der Täter die Verwirklichung des einem gesetzlichen Tatbild entsprechenden Sachverhaltes ernstlich für möglich hält und sich damit abfindet. Der Täter muss dabei das mit seinem Handeln verbundene Risiko erkannt und als so hoch eingeschätzt haben, dass er die Möglichkeit der Verwirklichung des Tatbildes ernst nimmt, d.h. als naheliegend ansieht, sich aber dennoch zur Tat entschließt, weil er auch einen solchen Ablauf der Ereignisse hinzunehmen gewillt ist; eine positive innere Einstellung zur Verwirklichung des deliktischen Sachverhaltes bzw. eine Bejahung dieses Ergebnisses der Handlung ist dabei jedoch nicht erforderlich; insbesondere stellt allerdings auch bewusste Gleichgültigkeit bereits bedingten Vorsatz her (siehe dazu Reger/Hacker/Kneidinger, Finanzstrafrecht, Bd.1, Rz.12 zu § 8, und die dort angeführte Judikatur).

Eine derartige Situation findet sich auch im gegenständlichen Fall: Der Bw hat zugegeben, die Möglichkeit, dass durch seine Zigarettenbestellungen wegen des niedrigen Preises Gesetze

(Einfuhrbestimmungen) verletzt werden, bewusst in Kauf genommen zu haben; zudem hatte er spätestens ab Erhalt der ersten Sendung Kenntnis davon, dass es sich bei dem ihm zugestellten Waren um unversteuert gebliebene, nur unter Umgehung der einschlägigen Zollverfahrensbestimmungen und unter Außerachtlassung der bestehenden Gestellungsverpflichtung in das Anwendungsgebiet gelangte, grundsätzlich einfuhrumsatz- und tabaksteuerpflichtige Monopolgegenstände handelt, die von den Kanarischen Inseln stammen. Zumindest hätte er aber, und zwar schon bei seiner ersten Bestellung im Dezember 2003, auf Grund der –wie bereits dargestellt– äußerst lukrativen Offerte des UP auf seiner Homepage [www.tabak.tv](http://www.tabak.tv), der die Zigaretten dort in größeren Mengen angeboten hat, wenigstens misstrauisch sein müssen, ob es sich hierbei um „legale“ Zigaretten handeln würde. Jedenfalls sollte es für den Bw nicht unmöglich gewesen sein, den wahren Hintergrund des Angebots zu hinterfragen, zumal angesichts des deutlich niedrigeren Verkaufspreises das -u.a. auch vom Bw an den Tag gelegte- Käuferverhalten zeigt, dass man bei einem „günstigen“ Preis durchaus bereit ist, sich über etwaige Bedenken hinsichtlich der Herkunft der Zigaretten hinwegzusetzen.

Zusammenfassend ist sohin festzuhalten, dass nach der gegebenen Sachlage der Bw durch die ihm vorgeworfenen Tathandlungen den Tatbestand der Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols als Beteiligter in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt hat.

## 2) Zum Strafausmaß:

Gem. § 35 Abs.4 FinStrG wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabebetrages geahndet..... Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen. Gem. Abs.5 leg.cit. sind Umsatz- und Verbrauchsteuern mit jenen Beträgen dem strafbestimmenden Wertbetrag zugrunde zu legen, die bei Entstehung der Steuerschuld im Inland anzusetzen wären, es sei denn, der Beschuldigte weist deren Höhe durch einen rechtskräftigen Bescheid des zur Abgabenerhebung zuständigen anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union nach.

Gem. § 44 Abs.2 FinStrG wird der vorsätzliche Eingriff in Monopolrechte mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage geahndet. Die Bemessungsgrundlage ist für Monopolgegenstände, für die ein Kleinverkaufspreis festgesetzt ist, nach diesem ....zu berechnen. Gem. Abs.3 leg.cit. ist auf Verfall nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Hat jemand durch eine Tat oder durch mehrere selbständige Taten mehrere Finanzvergehen derselben oder verschiedener Art begangen und wird über diese Finanzvergehen gleichzeitig

erkannt, so ist auf eine einzige Geldstrafe..... zu erkennen. Neben diesen Strafen ist auf Verfall oder Wertersatz zu erkennen, wenn eine solche Strafe auch nur für eines der zusammentreffenden Finanzvergehen angedroht ist. Die einheitliche Geld- oder Freiheitsstrafe ist jeweils nach der Strafdrohung zu bestimmen, welche die höchste Strafe androht. Es darf jedoch keine geringere Strafe als die höchste der in den zusammentreffenden Strafdrohungen vorgesehenen Mindeststrafen verhängt werden. Hängen die zusammentreffenden Strafdrohungen von Wertbeträgen ab, so ist für die einheitliche Geldstrafe die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend..... (§ 21 Abs.1 und 2 FinStrG).

Grundlage für die Bemessung der Strafe ist die Schuld des Täters. Dabei sind die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen und darauf Bedacht zu nehmen, ob die Verkürzung oder der Abgabenausfall endgültig oder nur vorübergehend hätte eintreten sollen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß. Auch sind die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen. Bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich nach einem Wertbetrag richtet, hat die Bemessung der Geldstrafe mit mindestens einem Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe zu erfolgen. Die Bemessung einer diesen Betrag unterschreitenden Geldstrafe aus besonderen Gründen ist zulässig, wenn die Ahndung der Finanzvergehen nicht dem Gericht obliegt (§ 23 Abs.1 bis 4 FinStrG).

Auf die Strafe des Verfalls darf nur in den im II. Hauptstück des Finanzstrafgesetzes vorgesehenen Fällen erkannt werden, wobei u.a. die Sachen, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde, dem Verfall unterliegen (§ 17 Abs.1 und 2 lit.a) FinStrG).

Statt auf Verfall ist auf die Strafe des Wertersatzes u.a. zu erkennen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, dass der Verfall unvollziehbar wäre. Die Höhe des Wertersatzes entspricht dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten.... Der Wertersatz ist 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 oder der Wertersatzanteil zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so ist von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen. Ist der Wertersatz aufzuteilen oder ist vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen, so sind hierfür die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23) anzuwenden (§ 19 Abs.1 lit.a), Abs.3 bis 6 FinStrG).

Wird auf eine Geldstrafe oder auf Wertersatz erkannt, so ist zugleich die für den Fall der Uneinbringlichkeit an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen, deren Höchstausmaß je sechs Wochen nicht übersteigen darf (§ 20 Abs.1 und 2 FinStrG).

Im gegenständlichen Fall hat der Unabhängige Finanzsenat bei der Ausmessung der Geldstrafe, ausgehend vom maximalen Strafraumen von € 3.518,60, als strafmildernd neben dem Geständnis des Bw und dessen bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit auch die durch die umgehende Abgabentrachtung erfolgte vollständige Schadensgutmachung sowie den zwischen Tatbegehung und Bestrafung verstrichenen relativ langen Zeitraum als strafmildernd gewertet. Insbesondere war bei der Strafzumessung zugunsten des Bw aber der Umstand zu berücksichtigen, dass dieser ja nicht der alleinige bzw. der unmittelbare Täter- als solcher ist nach der gegebenen Sachlage UP anzusehen, der, wie aus dem Inhalt (insbes. den Bestellhinweisen) seiner Homepage erschießbar ist, mit direktem Vorsatz gehandelt hat- gewesen ist, sondern lediglich ein (noch dazu nur mit bedingtem Vorsatz handelnder) Tatbeteiligter, der -als Raucher und (wegen seiner Erwerbslosigkeit als Student) nur mit beschränkten finanziellen Mitteln ausgestattet- durch das im Internet vorgefundene außerordentlich günstige Preisangebot gleichsam „zum Kauf verführt worden“ ist.

Da diesen für den Bw sprechenden Gründe keinerlei Strafverschärfungsgründe gegenüberstehen, erachtet der Unabhängige Finanzsenat die Verhängung einer mit € 400,00 (und damit nur geringfügig höher als die (im § 23 Abs.4 FinStrG normierte) „Mindeststrafhöhe“ von 10% der Höchststrafe) ausgemessenen Geldstrafe über den Bw einerseits als dem Unrechtsgehalt der Tat und dem Verschuldensgrad für angemessen und andererseits für ausreichend, um diesen von der Begehung weiterer Finanzvergehen abzuhalten. Ebenfalls für angemessen erscheint dem Unabhängigen Finanzsenat die (gem. § 20 FinStrG vorzunehmende) Festsetzung der Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen.

Bei Verhängung des (anteiligen) Wertersatzes iHv € 680,00 hat der Unabhängige Finanzsenat, ausgehend von € 1.360,00 (= Kleinverkaufspreis bzw. gemeiner Wert der betreffenden 40 Stangen Zigaretten) als (feststehender) Höchstbetrag, nach der Feststellung, dass wegen des bereits stattgefundenen Verbrauchs der Zigaretten deren Verfall iSd § 17 FinStrG gegenwärtig nicht mehr möglich ist, den § 19 Abs.4 FinStrG angewendet, dies- und zwar im Unterschied zum angefochtenen Ersterkenntnis, das sich damit überhaupt nicht auseinander gesetzt hat- in Erwägung der Tatsache, dass UP als unmittelbarer Täter ausgeforscht worden ist und der Bw als Bestimmungstäter an der Tat beteiligt gewesen ist, wobei beide genannten Täter wirtschaftliche Vorteile aus dem Finanzvergehen gezogen haben: einerseits der obgenannte unmittelbare Täter in Form eines Geschäftsgewinns (Ertrag) aus den 3 Kaufgeschäften mit

dem Bw, andererseits der Bw aus dem Faktum, dass er für die bestellten Zigaretten lediglich den Kaufpreis (und allenfalls Versand- und Beförderungskosten) zu bezahlen hatte und nicht auch die darauf entfallenden Eingangsabgaben (Einfuhrumsatzsteuer, Tabaksteuer) tragen musste. In Ermangelung der Kenntnis, in welchem Verhältnis sich diese finanziellen Vorteile auf die beiden Täter aufteilen, hat es der Unabhängige Finanzsenat für gerechtfertigt erachtet, mit dem Wertersatz in der Weise zu verfahren, dass dieser zu gleichen Teilen auf die beiden (nach der Sachlage bekannten) Tätern aufgeteilt wird, sodass auf den Bw ein ihm aufzuerlegender Anteil von 50%, d.s. € 680,00, entfällt.

### 3) Zur Festsetzung des Verfahrenskosten:

Die vom Bestraften zu ersetzenden Kosten umfassen u.a. einen Pauschalbetrag als Beitrag zu den Kosten des Finanzstrafverfahrens (Pauschalkostenbeitrag); dieser Beitrag ist mit 10 v. H. der verhängten Geldstrafe zu bemessen (§ 185 Abs.1 lit.a) FinStrG).

Im vorliegenden Fall beträgt die verhängte Geldstrafe € 400,00, sohin war der Pauschalkostenbeitrag mit € 40,00 festzusetzen.

Linz, am 10. November 2011