



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat 5

GZ. FSRV/0101-W/06

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 5 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. MMag. Roland Schönauer sowie die Laienbeisitzer KR Otto Trunner und Dkfm. Reiner Fialik als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen K., ohne Beschäftigung, geb. X., whft. Y., vertreten durch Dr. D., Rechtsanwalt, Z., wegen der Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgabenhehlerei gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG, begangen unter dem erschwerenden Umstand der Gewerbsmäßigkeit nach § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG und der vorsätzlichen Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG über die Berufung des Beschuldigten vom 19. Juli 2006 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates als Organ des Zollamtes Wien, dieses vertreten durch Amtsdirektor Erich Lindmaier, vom 23. Mai 2006, ZI. 90.028/2006-AFG/Li, nach der am 18. Oktober 2007 in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers Dr. D., des Amtsbeauftragten Erich Lindmaier sowie der Schriftführerin Diana Engelmaier durchgeföhrten mündlichen Verhandlung gemäß § 161 Abs.1 FinStrG

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben. Das angefochtene Straferkenntnis wird in seinem Spruch wie folgt geändert:

K. ist schuldig, er hat vor und am 9.1.2006, zum Teil in Mittäterschaft mit R. vorsätzlich eingangsabgabepflichtige bzw. verbrauchsteuerpflichtige Waren, nämlich 72.200 Stück Zigaretten der Marke Lucky Strike, 30.380 Stück Zigaretten der Marke Chesterfield, 24.980 Stück Zigaretten der Marke Memphis Light, 6.800 Stück Zigaretten der Marke HB, 1.400 Stück

Zigaretten der Marke Gauloises Blue, 3.980 Stück Zigaretten der Marke Marlboro, 24.860 Stück Zigaretten der Marke Memphis Classic, 6.000 Stück Zigaretten der Marke Memphis Blue, 3.000 Stück Zigaretten der Marke Milde Sorte, 4.400 Stück Zigaretten der Marke Raquel Slims, somit insgesamt 178.000 Stück = 890 Stangen Zigaretten, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannt gebliebenen Tätern das Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach § 44 Abs. 1 lit. a FinStrG, zum Teil in Tateinheit mit dem Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen worden war, an sich gebracht, wobei es ihm darauf ankam, sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Er hat dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei nach §§ 37 Abs. 1 lit. a und nach 46 Abs. 1 lit. a FinStrG, das Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgabenhehlerei unter dem erschwerenden Umstand der Gewerbsmäßigkeit nach § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen.

Das Erkenntnis wird in seinem Spruch über die Strafe wie folgt geändert: Unter Bedachtnahme auf § 23 Abs. 2 und 3 FinStrG wird über ihn eine Geldstrafe in Höhe von **€ 15.000,00** (Euro fünfzehntausend) verhängt. Gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG wird die Ersatzfreiheitsstrafe im Nichteinbringungsfall mit **28 Tagen** festgesetzt.

Die verwaltungsbehördliche Verwahrungshaft vom 9.1.2006, 10.20 Uhr bis 21.30 Uhr wird gemäß § 23 Abs. 5 lit. a FinStrG auf die Strafe angerechnet.

Gemäß § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG wird auf Verfall der ergriffenen 178.000 Stück Zigaretten erkannt.

Gemäß §§ 38 iVm 17 Abs. 2 lit. c Z. 3 iVm § 19 Abs. 1 lit. b und Abs. 3 wird statt auf Verfall des Pkw Mitsubishi, behöndl. Kennzeichen xx der Fa. F. auf eine Wertersatzstrafe in Höhe von **€ 1.000,00** (Euro tausend), im Nichteinbringungsfall gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG auf eine Ersatzfreiheitsstraße von **2 Tagen** erkannt.

Der Kostenersatz gemäß § 185 FinStrG wird mit **€ 363,00** (Euro dreihundertdreiundsechzig) festgesetzt.

Als strafmildernd wird festgestellt die Mitwirkung bei der Aufklärung und das Geständnis; als straferschwerend eine einschlägige Finanzvorstrafe.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 23. Mai 2006, Zi. 90.028/2006-AFG/Li, SN. 100/2006/00022-001, hat der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz K. (Berufungswerber, im Folgenden: Bw.) nach §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38 und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig erkannt, dass er am 9.1.2006 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit M. und R.

vorsätzlich eingangsabgabepflichtige Waren, welche zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich die im Spruch aufgezählten insgesamt 178.000 Stück = 890 Stangen Zigaretten, hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach §§ 35 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. a FinstrG begangen worden waren, an sich gebracht hatte, wobei es ihm darauf ankam, sich eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 37 Abs. 2 und 23 Abs. 3 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 25.000,- € und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 Abs. 1 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 50 Tagen verhängt. Die Vorhaft vom 9.1.2006, 10.20 bis 21.30 Uhr wurde gemäß § 23 Abs. 5 FinStrG angerechnet.

Gemäß § 17 FinstrG wurde auf Verfall der ergriffenen 178.000 Stück Zigaretten und gemäß § 38 iVm § 17 Abs.2 lit. c Z. 3 FinStrG auf Verfall des beschlagnahmten PKW Mitsubishi der Fa. F, Geschäftsführerin M., xx erkannt.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG pauschal mit 363,- € bestimmt.

Begründend wurde ausgeführt, dass aufgrund der Erhebungsergebnisse der Polizeiinspektion Praterstern und des Zollamtes Wien im Zusammenhalt mit der weitgehend geständigen Verantwortung des Bw. erwiesen sei, dass er zusammen mit den beiden oben angeführten Personen in der Zeit vor dem 9.1.2006 116.380 Stück Zigaretten diverser Marken, großteils rumänischer Herkunft, an sich gebracht und im Kellerabteil Nr.14 des Hauses P. Nr.N. gelagert hatte und am 9.1.2006 die drei Personen weitere 61.620 Stück solcher Zigaretten an sich gebracht hatten, wobei sich der Bw. des oben angeführten Fahrzeuges für den Transport der Zigaretten zu diesem Haus bediente und die 3 Personen diese Zigaretten wiederum im Kellerabteil 14, vor dem sie zum Teil schon deponiert waren, einlagern wollten. Dabei wurden sie von Polizeiorganen, die den Vorgang observierten, betreten. Der Bw. hatte den Beamten gegenüber angegeben, dass das Abteil Nr. 14 als Lager diene und konnte ihnen auch den Schlüssel dazu zeigen. Seine später leugnende Verantwortung, er habe lediglich einen Unbekannten dabei beobachtet, als er Zigaretten hier einlagerte, wurde vom Spruchsenat als unglaubwürdige Schutzbehauptung verworfen und die Mittäterschaft der drei einander nahestehenden Personen als erwiesen angesehen. Es wurde dabei aus dem objektiven Sachverhalt die subjektive Tatseite abgeleitet, lag doch beim Bw. ein Geständnis und eine einschlägige finanzstrafrechtliche Vormerkung vor, was im Zusammenhalt mit der tristen finanziellen Situation auf die Gewerbsmäßigkeitsabsicht schließen ließ. Mildernd wurde dem Bw. das Geständnis und die Sicherstellung der verhehlten Zigaretten, erschwerend das Zusammentreffen zweier Finanzvergehen und das einschlägig getrübte Vorleben angerechnet.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des rechtsfreundlich vertretenen Beschuldigten vom 19. Juli 2006, wobei im Wesentlichen wie folgt vorgebracht wurde:

Die erstinstanzliche Behörde hätte seine Verantwortung inhaltlich überhaupt nicht geprüft und als Schutzbehauptung abgetan, auch die Aussagen der Mitbeschuldigten wären für ihn als entlastend zu würdigen gewesen. Weiters habe er durch seine im Vorverfahren getätigten Aussagen betreffend das Kellerabteil Nr. 14 zur Aufklärung einer strafbaren Handlung einer ihm nicht näher bekannten Person beigetragen, während man nun ihm unrichtigerweise und nur auf Vermutung basierend diese Schmuggelwaren anlasse. Die Strafhöhe sei aufgrund seines ungetrübten Vorlebens als überhöht anzusehen und die Qualifizierung nach § 38 nicht gerechtfertigt. Daher wurde beantragt, das Verfahren in den wesentlichen Punkten einzustellen, in eventu die Strafe erheblich herabzusetzen.

Seitens des Unabhängigen Finanzsenats wurden noch zusätzliche Erhebungen durchgeführt: Bezuglich der Herkunft der Zigaretten ergab eine Nachfrage bei der Erzeugerfirma British American Tobacco, dass es sich bei den Zigaretten der Marken Lucky Strike und HB um keine Originalwaren, sondern Fälschungen handelt. Der Fälschungsort ist unbekannt.

Am 27.9.2007 wurde der Polizist CI Kr. abgesondert als Zeuge vernommen. Aus seiner Aussage ging hervor, dass durch die Polizei schon seit längerer Zeit in dem betreffenden Bereich observiert worden war und am 9.1.2006 eingeschritten wurde, wobei er selbst erst später zur Amtshandlung stieß. Eine der angehaltenen Personen hatte einen Schlüssel, der zu einem Kellerabteil - die Nummer war ihm nicht mehr erinnerlich - passte, das er den Beamten von sich aus zeigte und mit dem man die vordere Tür öffnen konnte. Vor diesem Kellerabteil waren schon 2 Taschen abgestellt und er hatte subjektiv den Eindruck, dass die Taschen mit Inhalt Zigaretten in dieses Kellerabteil gebracht werden sollten. Bezuglich der beteiligten Frau konnte er keine Aussagen machen, da sie bei seinem Eintreffen bereits weggebracht wurde. In den Tagen vorher hatte er an den Observationen nicht teilgenommen, die drei involvierten Personen seien aber bezüglich Zigarettenverkaufen amtsbekannt. Am 9.1.2006 sei die Polizei schließlich wegen dringenden Tatverdachtes eingeschritten, weil wiederum Taschen angeliefert wurden, in denen üblicherweise Zigaretten enthalten sind.

Am 28.9.2007 wurde der Polizist GI B. als Zeuge einvernommen. Er war ebenfalls erst etwas später hinzugekommen und war mit tätlichem Widerstand der beteiligten Frau konfrontiert, konnte aber über die Zuordnung der Zigaretten konkret an die 3 beteiligten Personen keine Angaben machen. In dem betreffenden Gebiet werde viel illegaler Zigarettenhandel betrieben,

wobei sich dieser Handel häufig so abspiele, dass nach einem Anbahnungsgespräch eine gewisse Stückzahl an Zigarettenstangen aus einem der Häuser geholt wird und Fahrzeuglenkern ins Auto oder Fußgängern übergeben werden.

Die Berufungsverhandlung in Anwesenheit des Bw. und von M. und ihrer Verteidiger vom 18.10.2007 brachte folgende Ergebnisse:

K blieb dabei, bezüglich der angelieferten Zigaretten lediglich für einen Lohn von 200,- € einen Hilfsdienst für einen ihm nur von anderen Zigarettenübergaben vage bekannten Mann – er soll den Vornamen A. haben - geleistet zu haben, der die Zigaretten unbedingt beim Mexikoplatz verstecken wollte. Er, K , habe sich dazu von M das Firmenauto ausgeborgt, die aber mit diesen Zigaretten nichts zu tun habe. Lediglich R habe ihm beim Ausladen geholfen, Frau M habe keine Zigarettentaschen getragen, denn sie könnte wegen ihrer Rückenschmerzen solche Taschen – jede der 6 Taschen hatte 50 Stangen Inhalt und ca. 20 kg Gewicht – nicht tragen. Er habe den beiden Personen auch nicht gesagt, was sich in den Taschen befindet. Der Unbekannte hatte nicht nur zu ihm Vertrauen wegen der Überlassung einer großen Zigarettenmenge, sondern tat dies auch gegenüber anderen Personen. In den Keller konnte der Unbekannte leicht gelangen, weil der Kellerzugang ein kaputtes Schloss hat und die Haustüre auch mit dem Postschlüssel geöffnet werden könne, welchen er von der Hausverwaltung bekommen hatte. Er, K, habe R keine genaue Stelle, sondern nur den hellen Teil des Kellers genannt, wo er die Taschen deponieren sollte, schließlich habe dieser dann die Taschen in Panik abgestellt und wollte davonlaufen. Die Zigaretten in Abteil 14 haben die Polizisten selbst gefunden, er selbst habe ihnen keinen Hinweis auf Schmuggelzigaretten in diesem Abteil gegeben. Mit dem Ungarn war kein bestimmtes Kellerabteil vereinbart, er wäre später gekommen, hätte die Zigaretten abgeholt und ihm das Entgelt gegeben. Wenn man ihm vorhalte, dass er laut Auskunft der Hausverwaltung den Kellerabgang gewissermaßen bewacht habe, so habe das darin seine Erklärung, dass sonst Drogensüchtige, Obdachlose, Betrunkene dort hinunter kämen, und die Kinder des Hauses sollen mit solchen Personen nicht in Berührung kommen. Schließlich überreichte der Verteidiger von M., Mag. J., eine eidesstättige Erklärung des K. vom 30.1.2007, in der er erklärt, dass er im Auftrag eines ihm nicht näher bekannten Ungarn illegale Zigaretten transportiert bzw. aufbewahrt hat, um sich wegen seiner Arbeitslosigkeit Geld dazu zu verdienen. Seine Schwägerin M. habe sich am 9.1.2006 nur zufällig in seiner Nähe aufgehalten, wisse von den Verabredungen mit dem Ungarn nichts und habe ihm auch das Auto ohne Wissen um sein Vorhaben kurzfristig geborgt.

Die eidesstättige Erklärung des Bw. wurde zum Akt genommen.

Frau M beteuerte weiterhin, sie sei damals nur von der Müllentsorgung zurückgekommen und

als sie von Polizisten aufgehalten wurde, seien gerade zwei der Taschen in ihrer Nähe im Gang gestanden. Sie hätte eine solche Tasche, deren Inhalt sie nicht kannte, wegen Problemen mit dem Handgelenk, wegen denen sie in ärztlicher Behandlung war, auch gar nicht tragen können. Möglicherweise haben die Polizisten den Müllsack für eine Zigarettentasche gehalten. Der PKW Mitsubishi stehe im Eigentum der F. und sei heute kein Leasing-Fahrzeug mehr.

Der Zeuge RI Bg. führte aus, dass er zunächst über Funk erfuhr, dass der einschlägig bekannte K mit dem Auto vorgefahren sei und Taschen ausgeladen wurden, die vermutlich Schmuggelgut enthielten. Bei seinem Eintreffen habe er M beim Abgang zum Keller stehend gesehen und neben ihr eine Tasche. Im Keller war bereits R , neben dem ebenfalls eine Tasche stand. Während in der Zeit vor dem 9.1.2006 M nicht aufgefallen war, kannte man K bereits als jemanden, der oftmals kurz ins Haus geht und gleich wieder herauskommt, wobei beim Zigarettenhandel sich die „Arbeitsweise“ eingespielt hatte, dass Autofahrer kurz stehenblieben, das Geld herausreichen und die Zigaretten an sich nehmen.

Der Zeuge Sch. war von Anfang an in einem Observationsauto vor Ort. Er führte aus, dass beim Eintreffen des K R aus Tür Nr. 19 zum Auto hinzutrat, beide Personen nahmen je 2 Taschen auf und trugen sie zum Haus, wo M im Eingang stand und die Taschen übernahm. Der Zeuge forderte Unterstützung an und lief ins Haus. Die herbeikommende Unterstützung kümmerte sich um K und M, er selbst eilte dem R in den Keller nach, wo er bereits zwei Taschen nächst einer Kellertür abgestellt hatte. Die Taschen waren verschlossen, man konnte aber an ihrer Form erkennen, dass sie Zigaretten enthielten. Während K im Zusammenhang mit dem Zigarettenhandel auch schon vor dem 9.1.2006 auffällig gewesen war, ist das bei M nicht der Fall gewesen. Mit einem Müllsack habe er sie beim Vorgang am 9.1. 2006 nicht gesehen, ob sie direkt beim Mitsubishi gestanden sei, sei ihm nicht mehr erinnerlich, die geschilderten Ereignisse seien sehr rasch, ca. innerhalb einer halben Minute, abgelaufen.

Der Zeuge GI H. war erst aufgrund der Unterstützungsanforderung kurze Zeit später hinzugekommen und mit der Festnahme der heftig Widerstand leistenden Frau M befasst, sodass er über die Zuordnung der Zigaretten keine Wahrnehmungen gemacht hatte. Auch der Zeuge CI Ra. war erst später hinzugekommen und half bei der Zählung der aus dem Keller heraufgetragenen in Schachteln und Taschen verwahrten Zigaretten.

In den abschließenden Ausführungen wies der Rechtsvertreter des Berufungswerbers darauf hin, dass der Berufungswerber seine bisherige Verantwortung in eine geständige und selbstbelastende Verantwortung abgeändert und wesentlich zur Wahrheitsfindung beigetragen habe. Die zum Teil widersprüchlichen Angaben im Vorverfahren im Zusammenhalt mit den heutigen Aussagen zur Anzahl der angelieferten Taschen zeigten auf, dass auch der Umfang

der Tatmenge bzw. wer wie viele Taschen getragen hat, nicht genau feststellbar sei. Diese mildernden Umstände und die Erkenntnis, dass es sich bei den Zigaretten zum Teil um Fälschungsprodukte handelt, müsste jedenfalls zu einer Reduktion der Strafe führen. Der Rechtsvertreter von Frau M wies darauf hin, dass aufgrund der damaligen Beobachtungsverhältnisse und des raschen Ablaufs des Geschehens, wie es vom Zeugen Sch geschildert worden war, zumindest eine Unsicherheit bezüglich ihres genauen Tatbeitrags bestehe und ihre Version, nur zur Müllentsorgung ins Nachbarhaus gegangen zu sein, durch das Beweisverfahren nicht widerlegt sei. Man könne allenfalls nur von einer Nebenrolle und einem untergeordneten Tatbeitrag sprechen, zumal sie nichts von der Tatmenge für sich erhalten und auch das Fahrzeug als familiäre Geste zur Verfügung gestellt hat.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Dem Finanzstrafverfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 9.1.2006 wurde im Rahmen einer polizeilichen Schwerpunktaktion betreffend illegalen Zigarettenhandel im Bereich yyy beobachtet, dass der Bw. als Lenker des PKW der Marke Mitsubishi mit dem behördlichen Kennz. xx vor dem Haus Nr. N. vorfuhr und sich dort einparkte. Es kam R. hinzu, öffnete die rechte Tür und entnahm eine große, offensichtlich vollgefüllte Kunststofftasche. Der Bw. stieg aus dem Fahrzeug und öffnete den Kofferraum, in dem ebenfalls mehrere solche Taschen wahrgenommen werden konnten. Nun trat auch M. hinzu und der Bw. entnahm die Taschen dem Kofferraum. M. und der Bw. nahmen je 2 der Taschen auf und gingen damit ins Haus Nr. N.. Wegen des Verdachtes der Anlieferung von Zigaretten schritten die Polizeibeamten GrInsp. Sch und RevInsp. Bg ein, in Nacheile konnten der Bw. und M beim Abgang zum Keller angehalten werden, R befand sich bereits im Keller. In den Taschen wurde eine große Menge Zigaretten wahrgenommen, sodass der Bw. und M wegen Betretung auf frischer Tat eines Finanzvergehens um 10.20 Uhr gemäß § 85 Abs.3 FinStrG festgenommen wurden. Ebenfalls wurde R festgenommen, der aus der Richtung des Kellerabteils Nr.14 kam, vor dem bereits zwei der ausgeladenen Taschen standen, beide ebenfalls mit Inhalt Zigaretten. Die insgesamt in den Taschen vorgefundenen 61.620 Stk. (= 308 Stangen) Zigaretten wurden gemäß § 89 Abs.2 FinStrG beschlagnahmt. Die sich heftig wehrende M musste durch Körerkraft an der Flucht gehindert werden. Die 3 Personen stehen in einem Naheverhältnis, es ist R der Sohn des Lebensgefährten von M, der Bw. ein langjähriger Bekannter von M und er kennt auch den R seit längerer Zeit. Der Bw. wurde zum Lager befragt, in das diese Zigaretten gebracht werden sollten. Der Bw. wies darauf hin, dass das Kellerabteil Nr. 14 der Lagerort sei, dass es sich aber bei den heute angelieferten Zigaretten nicht um seine Ware handelte, sondern dass er nur den Transport durchgeführt

habe. Er übergab dem Polizeiorgan einen im Belüftungsloch oberhalb des Kellerabteils abgelegten Schlüssel für das Vorhängeschloss, mit dem die Holztür gesichert war. Unmittelbar dahinter befand sich eine Metalltür, in der ein Schlüssel steckte. In dem Kellerabteil befanden sich in Kisten, Kartons und Plastiktaschen weitere 116.380 Stk. (= 582 Stangen) Zigaretten, die ebenfalls beschlagnahmt wurden. Auch das o.a. Fahrzeug wurde beschlagnahmt.

Zum Vorgang liegt ein schriftlicher Polizeibericht vom 9.1.2006 (Bl. 2-7 des Zollamts-Akts, allgemeiner Teil) vor.

Die Festgenommenen und die beschlagnahmten, insgesamt 178.000 Stück Zigaretten sowie das Fahrzeug wurden Organen der Finanzstrafbehörde I. Instanz übergeben. Eine Sichtung der Zigaretten zeigte, dass es sich um solche aus Drittländern bzw. in Drittländer für den „Duty-Free“-Verkauf exportierte Zigaretten handelt.

In der niederschriftlichen Einvernahme durch Organe der Finanzstrafbehörde I. Instanz führte der Bw. aus, dass er die heute transportierten Zigaretten morgens beim Mexikoplatz von einer unbekannten männlichen Person, für die er eine Beschreibung abgab, für einen Lohn von 200,- € zum Transport und zur Einlagerung übernommen hatte. Er sicherte dem Mann zu, sie im Haus xxx in seinem Kellerabteil Nr. 16 für ein bis zwei Tage zu lagern. Danach borgte er sich von M , der alleinigen Geschäftsführerin der im Haus zzz etablierten Firma F, den PKW Mitsubishi für den Zigarettentransport aus. Auf den Vorhalt der Aussage von Fr. M gab er zu, auch schon in den zwei vorangegangenen Tagen den PKW benutzt zu haben, wie er ihn überhaupt regelmäßig benütze, da Fr. M keinen Führerschein besitze. Das Kennzeichen des Fahrzeugs, aus dem der Unbekannte die Zigaretten in den Mitsubishi umlud, wisse er nicht. Mit den Zigaretten fuhr er nun zum xxx und wollte sie in die Kellerabteile Nr. 16 und 17 einlagern. Den zufällig angetroffenen R bat er, ihm beim Einlagern zu helfen. Auf den Vorhalt, dass auch Frau M von Polizeiorganen dabei beobachtet worden war, wie sie 2 Taschen von ihm entgegennahm und ins Haus Nr. N. trug, erklärte der Bw., sich zu erinnern, dass sie bereits im Hauseingang des Hauses Nr. N. war und dass sie keine Taschen getragen habe. Bezuglich des Kellerabteils Nr. 14, auf das er samt Schlüsselversteck die Polizeibeamten aufmerksam gemacht hatte, führte er aus, vor ca. einem Monat einen Mann, von dem er eine Beschreibung abgab, beobachtet zu haben, wie er einen länglichen Karton in das Kellerabteil brachte, von dem er nur vermuten konnte, dass er Zigaretten enthielt. Er habe mit den in diesem Kellerabteil vorgefundenen Zigaretten jedenfalls nichts zu tun. Die heute angelieferten Zigaretten wollte er in die Kellerabteile Nr. 16 und 17 einlagern. Frau M habe mit den gelagerten bzw. angelieferten Zigaretten nichts zu tun.

Die Verwahrungshaft über den Bw. wurde um 21.30 Uhr aufgehoben.

M. führte in der niederschriftlichen Einvernahme zunächst ihr Bekanntschaftsverhältnis zu

ihren Landsleuten K und R aus. Bei dem gegenständlichen Vorgang habe sie nach Putzarbeiten im Geschäftslokal dieses versperrt und Müll in das Nebengebäude Nr. N. getragen. Nachdem sie den Müll entsorgt hatte und sie auf dem Rückweg war, stand K. mit 2 Plastiktragetaschen und ein ihr unbekannter Mann im Stiegenhaus, der sie aufforderte, zu warten. Nach kurzer Zeit schritten uniformierte Polizisten ein und sie wurde ins Wachzimmer gebracht. Auch auf den Vorhalt, beobachtet worden zu sein, als sie 2 Taschen aus dem von K. eingeparkten Fahrzeug an sich nahm und in das Haus Nr. N. trug, blieb sie bei dieser Version. Das Firmenauto der F. verborge sie des Öfteren an K., da nur er einen Führerschein habe. Sie wisse, dass er früher einmal mit Schmuggelzigaretten betreten wurde, dass er sich weiterhin damit betätige, sei ihr nicht bekannt. Die bei ihr aufgefundenen Zettel mit handschriftlichen Rechnungen hätten mit Zigaretten nichts zu tun.

Die Verwahrungshaft über M wurde um 22.05 Uhr aufgehoben.

R gab in seiner niederschriftlichen Einvernahme an, den Fahrer des Mitsubishi schon länger unter dem Namen „S“ zu kennen und er sehe ihn bei den Spaziergängen auf dem P. fast täglich, beim Einparken des Mitsubishi am 9.1.2006 sei er zufällig gerade vorbeigegangen und S habe ihn um Hilfe gebeten. Zu diesem Zeitpunkt sei auch eine Frau, nämlich die Lebensgefährtin seines Vaters, beim Fahrzeug anwesend gewesen. Zuerst nahm er, R, 2 Taschen auf und trug sie in den Keller, die beiden anderen Personen blieben noch beim Fahrzeug. Im Keller haben ihn dann Polizeiorgane mit den Zigaretten angehalten. Es habe zu diesem Vorgang keine Absprache mit K gegeben und er habe zum ersten Mal bei einem solchen Vorgang geholfen.

Die Verwahrungshaft über R wurde um 21.50 Uhr aufgehoben.

Aufgrund des Sachverhalts leitete das Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde I. Instanz gegen die 3 Personen am 9.1.2006 jeweils ein Finanzstrafverfahren ein, wobei dem Bw. im Einleitungsbescheid zur Last gelegt wurde, in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken mit M und R die o.a. insgesamt 890 Stangen Zigaretten deliktischer Herkunft an sich gebracht und hiermit ein Finanzvergehen nach §§ 37 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG begangen zu haben.

In den weiteren Erhebungen wurde bei der Hausverwaltung des Hauses Nr. N. bezüglich der Zuordnung der Kellerabteile nachgefragt. Die Kellerabteile werden in die Mietverträge nicht mitaufgenommen, weil Mieter die Kellerabteile kurzfristig freier Wohnungen als Müllplatz und zum Abstellen nicht mehr gebrauchter Geräte benutzen und die Hausverwaltung diese Abteile bei Mitvermietung auf ihre Kosten räumen müsste. Die Mieterin von Wohnung Nr. 14 verfügt über kein Kellerabteil. Frau G. von der Hausverwaltung gab die Auskunft, dass die Gegensprechanlage bzw. das Schloss an der Eingangstür ständig beschädigt sind; offenbar

wolle jemand, dass das Objekt permanent zugänglich sei. Weiters sei ihr bei mehreren Besuchen des Objekts aufgefallen, dass der Mann der Mieterin von Wohnung Nr. 16-17, Ju., ständig vor dem Objekt aufhältig war und Bedienstete von beauftragten Reinigungs- oder Reparaturfirmen, die sich in den Keller begeben wollten, von K aufgehalten und befragt wurden, warum sie in den Keller gehen wollten. Auch im Mietvertrag von Ju. ist kein Kellerabteil miterfasst.

Eine Besichtigung des Kellers durch Organe der Finanzstrafbehörde ergab, dass zum Kellerabteil Nr. 14 eine vom Kellergang aus nicht sichtbare Stromleitung verlegt ist und sich im ca. 20 cm breiten Zwischenraum zwischen Holz- und Metalltür eine Steckdose befindet, wo die Beleuchtung für das Kellerabteil, in dem eine mobile Handlampe lag, eingesteckt werden kann.

In der wegen des strafbestimmenden Abgabenbetrags in Höhe von 31.880,- € gemäß § 58 Abs. 1 lit. a FinStrG in der Zuständigkeit des Spruchsenats durchzuführenden mündlichen Verhandlung blieben die 3 Beschuldigten am 23.5.2006 bei ihren bisherigen Verantwortungen. In finanzstrafrechtlicher Hinsicht sind folgende, auszugsweise angeführten Bestimmungen relevant:

Gemäß § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG begeht das Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgabenhehlerei, 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 Abgabenhehlerei 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, wenn es ihm darauf ankommt, sich durch wiederkehrende Begehung der Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung).

Daneben ist nach Maßgabe des § 15 auf Freiheitsstrafe bis zu 3 Jahren zu erkennen. Außerdem sind die Bestimmungen der §§ 33, 35 und 37 über den Verfall anzuwenden; der Verfall umfasst auch die Beförderungsmittel im Sinne des § 17 Abs. 2 lit. c Z. 3.

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

Gemäß lit. c Z. 3 unterliegen die zur Begehung des Finanzvergehens benützten Beförderungsmittel u.a. dann dem Verfall, wenn das betreffende Finanzvergehen wegen der Beschaffenheit der beförderten Sachen ohne Benützung von Beförderungsmitteln nicht hätte begangen werden können.

Gemäß Abs. 3 leg.cit. sind Beförderungsmittel für verfallen zu erklären, wenn sie zur Zeit der Entscheidung im Eigentum oder Miteigentum des Täters oder eines anderen an der Tat Beteiligten stehen. Weisen andere Personen ihr Eigentum an den Gegenständen nach, so ist auf Verfall nur dann zu erkennen, wenn diesen Personen vorzuwerfen ist, dass sie lit. a) zumindest in auffallender Sorglosigkeit dazu beigetragen haben, dass mit diesen Gegenständen das Finanzvergehen begangen wurde, ... Hierbei genügt es, wenn der Vorwurf zwar nicht den Eigentümer des Gegenstandes, aber eine Person trifft, die für den Eigentümer über den Gegenstand verfügen kann.

Gemäß § 19 Abs. 1 lit. b FinStrG ist auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, wenn auf Verfall nur deshalb nicht erkannt wird, weil das Eigentumsrecht einer anderen Person berücksichtigt wird.

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

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG hat der Täter einen pauschalen Kostenersatz in Höhe von 10 % der verhängten Geldstrafe, höchstens aber 363,- € 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. 2 und Abs. 3 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. Gemäß § 23 Abs. 4 FinStrG ist die wegen des Finanzvergehens erlittene Verwahrungshaft auf die Strafe anzurechnen.

Der Berufungssenat des Unabhängigen Finanzsenates (UFS) als Finanzstrafbehörde II. Instanz hat erwogen:

Betreffend K geht der UFS von den Fakten aus, dass er am 9.1.2006 an der Adresse xxx bei der Anlieferung von 308 Stangen Zigaretten betreten wurde und auf seinen Hinweis hin weitere 582 Stangen im Kellerabteil Nr.14 vorgefunden wurden.

Zur objektiven Tatseite ist zu sagen, dass die Zigaretten illegaler Herkunft sind, da es sich zum größeren Teil um solche handelt, die aus österreichischer Produktion stammend zum Duty Free-Verkauf in Rumänien bestimmt waren bzw. bei manchen (Sorten „Chesterfield“ und „Raquel Slims“) kyrillische Aufschriften ihre drittäandische Herkunft offensichtlich machen. Von einer zollredlichen Einbringung ins Zollgebiet der EU ist schon aufgrund der großen Menge nicht auszugehen, sondern vielmehr die Vortat (zu § 37 FinStrG) des Schmuggels durch unbekannte Täter anzunehmen. Bei den Sorten „HB“ und „Lucky Strike“ handelt es sich um Fälschungsprodukte mit unbekanntem Herstellungsort, sodass man bei ihnen die Vortat des Schmuggels nicht mit Sicherheit annehmen kann; es ist aber aufgrund der illegalen Produktion eine tabaksteuerliche Behandlung auszuschließen bzw. wurde eine solche nicht behauptet und es war daher bei ihnen von der Vortat (zu § 37 FinStrG) der Verkürzung von Verbrauchsteuern auszugehen. Bei allen Zigaretten ist aufgrund ihrer illegalen Herstellung bzw. Weitergabe als Vortat des § 46 FinStrG der Eingriff in die Monopolrechte nach § 44 Abs.1 lit.a FinStrG gegeben. Im Rahmen der §§ 37 und 46 FinStrG ist schon das bloße „An-sich-bringen“ solcher Waren ein objektiv strafbarer Tatbestand.

Zur subjektiven Tatseite ist es als allgemein bekannt anzusehen, dass es in Österreich ein Tabakmonopol gibt, demzufolge der Handel mit Tabakwaren nur einem eingeschränkten Personenkreis erlaubt ist bzw. dass die Einbringung von Tabakwaren ins Zollgebiet der Europäischen Union nur in engen mengenmäßigen Beschränkungen zulässig ist sowie Tabakwaren der Tabaksteuerbelastung unterliegen. Ebenfalls allgemein bekannt ist der Umstand, dass sich zur Umgehung dieser gesetzlichen Bestimmungen ein umfangreicher Schwarzhandel mit gefälschten bzw. aus Niedrigpreisländern eingeschmuggelten Zigaretten entwickelt hat. Schon das Verhalten der Beschuldigten und ihre Verantwortung, mit den Zigaretten nicht näher zu tun haben zu wollen, macht deutlich, dass ihnen die

Rechtswidrigkeit eines solchen Zigarettenhandels bewusst ist.

Die zunächst leugnenden Verantwortungen des Bw., denen zufolge er zu diesen Zigaretten keinen näheren Bezug habe, sind unglaublich, denn es ist realitätsfremd, dass eine dort unbekannte Person einen Monat früher in einem leicht zugänglichen Kellerraum des Hauses hunderte Stangen Zigaretten deponiert haben soll bzw. ein ihm kaum bekannter ungarischer Staatsangehöriger weitere hunderte Stangen Zigaretten zur Verwahrung übergibt, wo doch solche Zigarettenmengen schon beträchtliche Werte haben. Seine Aussagen sind durch den Polizeibericht vom 9.1.2006 und die Zeugenaussagen widerlegt, wonach er schon längere Zeit mit illegalem Zigarettenhandel auffällig war. Auch seine verwaltungsbehördliche Finanzvorstrafe aus dem Jahr 2001 ebenfalls wegen der Finanzvergehen nach §§ 37 und 46 FinStrG zeigen einmal mehr, dass er eine Neigung zur Begehung solcher Delikte hat. Der UFS hält es daher als erwiesen, dass es sich bei diesen insgesamt 890 Stangen Zigaretten um solche handelt, die K im eigenen Interesse für seine illegalen Zigarettenverkäufe beschafft und bereithalten hat. Die zunächst leugnenden Aussagen des Bw. wurden schließlich auch durch sein Geständnis in der Berufungsverhandlung vom 18.10.2007 überholt, in dem er sich zum Transport und zur Aufbewahrung der illegalen Zigaretten bekannte und zugleich entlastende Aussagen betreffend M. machte.

Dass er aufgrund längerer Arbeitslosigkeit einkommenslos war, vermag von der Begehung von Finanzdelikten ebensowenig zu exkulpieren wie vom Qualifizierungsmerkmal der Gewerbsmäßigkeit, deren Wesen eben darin besteht, sich fortlaufende, in diesem Fall illegale Einkünfte zu verschaffen.

Der UFS hat die Geldstrafe und Ersatzfreiheitsstrafe gegenüber dem Erkenntnis des Spruchsenats von 25.000,- auf 15.000,- € bzw. die Ersatzfreiheitsstrafe von 50 auf 28 Tage aus folgenden Gründen herabgesetzt:

Der Spruchsenat hat mit einem strafbestimmenden Abgabenbetrag (Zoll, Einfuhrumsatzsteuer, Tabaksteuer) für das Delikt der vorsätzlichen Abgabenhehlerei mit den oben angeführten 890 Stangen Zigaretten in Höhe von 31.880,- € und dem strafbestimmenden Wertbetrag für das Delikt der vorsätzlichen Monopolhehlerei in Höhe von 31.220,50 € gemäß §§ 21 und 38 FinStrG den Strafrahmen in Höhe von 126.860,50 € (= 31.880 x 3 + 31.220,50) mit der verhängten Geldstrafe zu rund 20 % ausgenutzt. Der Berufungssenat legte einen geringeren Strafrahmen zugrunde, weil gemäß obigen Ausführungen bei den Zigarettenarten „HB“ und „Lucky Strike“ die Vortat Schmuggel nicht als erwiesen angenommen wird und daher bei diesen beiden Sorten die Eingangsabgabenbeträge Zoll (2911,104 € bzw. 274,176 €) und Einfuhrumsatzsteuer (3050,739 € bzw. 281,479 €) aus dem strafbestimmenden Abgabenbetrag gestrichen wurden. Die Beträge für die Tabaksteuer und der

Kleinverkaufspreis für das Monopoldelikt sind auch bei diesen beiden Sorten weiterhin mitzuerfassen. Der reduzierte strafbestimmende Abgabenbetrag beträgt somit 25.362,50 € statt 31.880,- € und der Strafrahmen nunmehr $25.362,50 \times 3 + 31.220,50 = 107.308,-$ € (statt 126.860,50 €). Diesen vermindernten Strafrahmen hat der Berufungssenat zu rund 14 % ausgenützt. Als strafmildernder Umstand wurde dem Bw. zusätzlich zu der am 9.1.2006 geleisteten Mitwirkung bei der Aufklärung der Finanzvergehen das in der Berufungsverhandlung am 18.10.2007 abgelegte Geständnis angerechnet. Als Erschwerungsgrund liegt eine ungetilgte einschlägige Finanzvorstrafe vor. Der vom Spruchsenat angenommene weitere Erschwerungsgrund des Zusammentreffens zweier Delikte wurde außer Ansatz gelassen, weil dieser Umstand schon durch das in § 21 FinStrG normierte Kumulierungsprinzip der Strafdrohungen berücksichtigt ist und gemäß § 23 Abs.2 FinStrG nicht doppelt verwertet werden darf.

Unter Berücksichtigung dieser Erschwerungs- und Milderungsgründe und seiner wirtschaftlichen Lage – der Bw. ist ohne Einkommen und Vermögen, es treffen ihn keine Unterhaltpflichten, er wird unterstützt durch seine arbeitende Frau – erscheint die verhängte Geldstrafe tat- und täteradäquat.

Die Zigaretten unterliegen gemäß § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG als Tatgegenstände dem Verfall, der gemäß Abs. 4 und Abs. 6 bei Monopolwaren zwingend ist, ohne Rücksicht darauf, wem sie gehören.

Im vorliegenden Fall unterläge auch das Fahrzeug der Marke Mitsubishi dem Verfall. Denn bei gewerbsmäßiger Begehungsweise des Delikts der Abgabenhehlerei ist der Verfall gemäß § 38 Abs. 1 letzter Satz iVm § 17 Abs. 2 lit. c Z. 3 angedroht, wenn das Delikt ohne Benützung des Beförderungsmittels auf diese Weise nicht begangen werden könnte. Diese Voraussetzung für den Verfall liegt vor, denn man könnte einen Transport von hunderten Stangen Zigaretten auf andere Weise nicht vernünftig durchführen. Gemäß § 19 Abs. 1 lit. b FinStrG ist aber das Eigentumsrecht der F. anzuerkennen und ein Vorwurf im Sinne von § 17 Abs. 3 lit. a FinStrG, dass seitens des Eigentümers bzw. durch die für die GmbH über das Fahrzeug verfügende M. - das Finanzstrafverfahren gegen sie wurde mangels ausreichendem Tatvorwurfs eingestellt - eine auffallende Sorglosigkeit in Hinblick auf die Ermöglichung der Begehung des Finanzvergehens mit dem Auto gesetzt wurde, nicht zu erheben. Daher war unter Anwendung von § 161 Abs. 2 FinStrG der Verfall des Fahrzeugs aufzuheben und dem gewerbsmäßigen Abgabenhehler K eine Wertersatzstrafe aufzuerlegen. Im Zollamts-Akt (Teilakt M Bl. 30/31) befindet sich unter der Berücksichtigung insbesondere des Erstzulassungsjahres 1997 und des Kilometerstands 107.820 km eine Eurotax – Einschätzung, mit welcher der Verkehrswert zum Tatzeitpunkt mit 1.000,- € ermittelt wurde. Der Berufungssenat hat daher die Wertersatzstrafe

für das Auto mit 1.000,- € und in ungefährer Äquivalenz zur Ersatzfreiheitsstrafe zur Geldstrafe eine Ersatzfreiheitsstrafe von 2 Tagen festgesetzt.

Die Aussprüche über Kostenersatz und Anrechnung der Verwahrungshaft ergeben sich aus den bezogenen Gesetzesstellen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 18. Oktober 2007