



## 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 Otto Trunner und Mag. Harald Österreicher als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., ohne Beschäftigung, geb. xxx, wohnhaft Adr., wegen des Finanzvergehens der vorsätzlichen gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei in Tateinheit mit der vorsätzlichen Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 3. Juni 2008 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 7. Mai 2008, Zl. 100000/90.285/2007-AFB/Tr, Sp.Sen.L.Nr. 7/2008 , StrNr. 100/2002/01057-002 nach der am 17. Oktober 2008 in Anwesenheit des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten ADir. Werner Sischka, der Dolmetscherin U. und der Schriftführerin Angelika Kary durchgeführten mündlichen Verhandlung gemäß § 161 Abs.1 FinStrG zu Recht erkannt:

I. Das Erkenntnis des Spruchsenates wird im Umfang seines Ausspruchs über Strafe und Kosten wegen Unzuständigkeit aufgehoben.

II. Der Ausspruch des Erkenntnisses über die Schuld bleibt unverändert.

### Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 7. Mai 2008, Zl. 100000/90.285/2007-AFB/Tr, hat der Spruchsenat des Zollamtes Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Berufungswerber Bw. (im

Folgenden: Bw.) nach §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG für schuldig erkannt, weil er an 12 näher aufgezählten Tagen vom 12.12.2002 bis 4.2.2008 sowie im Zeitraum Oktober 2002 bis November 2006 insgesamt 130.000 Stück Zigaretten verschiedener, näher aufgezählter Sorten, hinsichtlich derer zuvor von unbekannt gebliebenen Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach §§ 35 Abs.1 lit.a und 44 Abs.1 lit.a FinStrG begangen wurde, mit dem Vorsatz, sich durch die wiederkehrende Begehung derartiger Delikte ein fortlaufendes Einkommen zu verschaffen, an sich gebracht habe. Er habe dadurch das Finanzvergehen der gewerbsmäßigen vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei nach §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG begangen. Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 38 Abs.1 und 46 Abs.2 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 30.000,- € und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 60 Tagen verhängt. Gemäß § 17 FinStrG wurde auf Verfall der sichergestellten Zigaretten erkannt. Gemäß § 19 FinStrG wurde für die bereits weiterveräußerten und somit nicht mehr sichergestellten Zigaretten ein Wertersatz in Höhe von 5.000,- € und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen verhängt. Gemäß § 23 FinStrG wurde die Vorhaft vom 12.12.2002, 14.18 Uhr bis 12.12.2002, 18.18 Uhr auf die verhängte Strafe angerechnet.

Die Kosten des Strafverfahrens wurden gemäß § 185 FinStrG mit 363,- € bestimmt sowie ausgesprochen, dass die (allfälligen) Strafvollzugskosten zu ersetzen seien.

Gegen dieses am 3.6.2008 zugestellte Erkenntnis richtet sich die Berufung des Beschuldigten vom 3.6.2008, in der er vorbringt, dass er ab 9.6.2008 vom Sozialamt monatlich 439,- € und eine Wohnbeihilfe von 261,50 € beziehe und daher die verhängte Strafe zu hoch sei. Er könne lediglich 30 bis 50 Euro pro Monat bezahlen, sonst gingen sich seine Strom- und Wärmekosten nicht aus. Es bleiben ihm pro Monat nur 439,- minus 120,- € zum Leben.

In der am 17.10.2008 durchgeführten Berufungsverhandlung erläuterte der Bw. nochmals seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse. Die Strafe von 30.000,- € sei in Anbetracht der monatlich an das Zollamt zu zahlenden 30,- €, seiner Energiekosten von 102,- € und sonstiger Zahlungen, z.B. für die Einleitung des Kabelfernsehens in Höhe von 129,- € zu hoch, ihm bliebe nichts mehr zum Leben. Weiters wies er auf gesundheitliche Probleme mit dem Herz hin.

***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Dem Finanzstrafverfahren liegt der Sachverhalt zugrunde, dass der Bw. von 2002 bis 2008 laufend von Zoll- und Polizeiorganen mit Zigaretten abgabenunredlicher Herkunft betreten wurde. Im Einzelnen handelt es sich um folgende Vorgänge:

Am 12.12.2002 wurde er betreten, als er gemeinsam mit der israelischen Staatsangehörigen Ta. beim M 4 Kartons aus einem Auto auslud und in die Wohnung in der yyy brachte, zu der Ta einen Schlüssel besaß. In den Kartons und schon gelagert in der Wohnung wurden insgesamt 618 Stangen Zigaretten vorgefunden und beschlagnahmt. Ta sagte aus, dass ihr Bw nur mit den 4 Kartons geholfen habe, die anderen Zigaretten habe sie mit einem Jugoslawen in die Wohnung getragen. Die Wohnung habe sie von einem Polen für die Einlagerung von Zigaretten angemietet. Bw war nur zum eigenhändigen Transport zweier Kartons geständig.

Am 2.10.2003 wurde Bw mit 2 Stangen Zigaretten beim M. betreten, die er von einem Polen bekommen habe.

Am 22.11.2003 wurde er beim Verkauf von 3 Stangen Zigaretten beim M. betreten, die er von einem Polen angekauft hatte. Eine weitere Betretung beim Verkauf zweier Stangen erfolgte am 17.2.2004, weitere Betretungen erfolgten am 14.4.2004 und am 2.12.2005 mit 2 bzw. 10 Stangen Zigaretten.

Am 5.1.2006 erfolgte eine Betretung, als er beim M. O. dabei unterstützte, 100 Stangen Zigaretten aus einem Auto auszuladen.

Weitere Betretungen beim Verkauf von Zigaretten erfolgten am 21.1.2006 (9 Stangen), am 9.5.2007 (2 Stangen) und am 14.5.2007 (3 Stangen).

In einer niederschriftlichen Einvernahme durch Organe des Zollamtes Wien am 20.9.2007 führte er aus, dass er seit Oktober 2002 beim M. monatlich 2 bis 3 Stangen Zigaretten verkaufe, somit seither insgesamt ca. 150 Stangen, worin er jene nicht mitzähle, mit denen er betreten wurde. Er habe pro Stange ein bis zwei Euro verdient.

Am 23.1.2008 und nochmals am 4.2.2008 wurde er von Polizeiorganen mit jeweils einer Stange Zigaretten betreten, die er Passanten zum Kauf anbot.

Die Einleitungen der Finanzstrafverfahren gegen den Bw. erfolgten mit Tatbeschreibung gemäß § 83 Abs.3 bzw. Bescheid gemäß § 83 Abs.1 FinStrG.

In den Vernehmungen führte Bw zu seinen persönlichen Verhältnissen aus, dass er seit 1976 in Österreich sei, mit seinen Eltern bis zu deren Tod ein Obst- und Gemüsegeschäft im 3. Bezirk betrieb und (laut Sozialversicherungsabfrage bis 1993) als Arbeiter/Angestellter beruflich tätig war, danach aber ohne geregelte Arbeit von Unterstützung durch Geschwister,

fallweise gering bezahlter Nebenbeschäftigung und Sozialhilfe lebt. Während des Tatzeitraums 2002 – 2008 ist keine unselbständige Beschäftigung nachweisbar.

Zu der am 7.5.2008 vor dem Spruchsenat des Zollamtes Wien durchgeführten mündlichen Verhandlung waren Ta. und Bw. gemeinsam vorgeladen. Der Bw. war erschienen, die Mitbeschuldigte nicht, sodass das Verfahren gegen sie abgesondert wurde. Der Bw. blieb bei seiner bisherigen Verantwortung und wies darauf hin, dass er erst seit ca. zwei oder drei Jahren staatliche Unterstützung erhält und eben den Zigarettenverkauf zum Leben notwendig hatte. Ihm sei bewusst, dass er verbotenes Handeln betrieben habe, aber dieses Risiko musste er eben eingehen. Zu seinen persönlichen Verhältnissen führte er aus, dass er acht Klassen Pflichtschule in der UdSSR absolviert und in Österreich einen Führerschein erworben hatte, sodass er für seine Eltern als Chauffeur arbeiten konnte.

Die anzuwendenden finanzstrafrechtlichen Bestimmungen sind :

Gemäß § 37 Abs.1 lit.a FinStrG macht sich der Abgabenhehlerei schuldig, wer vorsätzlich eine Sache oder Erzeugnisse aus einer Sache, hinsichtlich welcher ein Schmuggel, eine Verzollungsumgehung, eine Verkürzung von Verbrauchsteuern oder von Eingangs- oder Ausgangsabgaben begangen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder verhandelt.

Gemäß § 38 Abs.1 lit.a FinStrG ist mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, zu bestrafen, wer

a) einen Schmuggel, eine Abgabenhinterziehung oder eine Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabenhehlerei nach § 37 Abs.1 begeht, wobei es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung 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 § 58 Abs.2 FinStrG obliegt die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses, soweit nicht gerichtliche Zuständigkeit gemäß § 53 gegeben ist, einem Spruchsenat als Organ der Finanzstrafbehörde I. Instanz, wenn

a) der strafbestimmende Wertbetrag bei den in § 53 Abs.2 bezeichneten Finanzvergehen [u.a. Abgabenhehlerei nach § 37 Abs.1] 11.000,- € übersteigt, ...

Gemäß § 68 Abs.1 FinStrG sind für die Dauer des nächsten Jahres die Spruchsenate und die Berufungssenate, deren Vorsitzende und die übrigen Mitglieder sowie die Reihenfolge, in der

diese im Fall der Verhinderung des zunächst berufenen Senatsmitglieds einzutreten haben, zu bestimmen.

Gemäß Abs.2 sind bei der Einrichtung der Spruchsenate und der Berufungssenate jeweils vorzusehen

- a) mindestens ein Senat, dessen Laienbeisitzer von gesetzlichen Berufsvertretungen selbständiger Berufe entsendet sind, und
- b) mindestens ein Senat, dessen Laienbeisitzer von gesetzlichen Berufsvertretungen unselbständiger Berufe entsendet sind.

Gemäß Abs.3 sind die Geschäfte für jedes Jahr im Voraus unter die Senate so zu verteilen, dass die Durchführung des Verfahrens und die Fällung der Entscheidung bei selbständig berufstätigen Beschuldigten einem nach Abs.2 lit.a zusammengesetzten Senat oder dessen Mitglied und bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten einem nach Abs.2 lit.b zusammengesetzten Senat oder dessen Mitglied obliegt. Wird gegen einen Beschuldigten, der beiden oder keiner der vorgenannten Berufsgruppen angehört oder wird im selben Verfahren gegen mehrere Beschuldigte verhandelt, die verschiedenen der vorgenannten Berufsgruppen angehören, so obliegt die Führung des Verfahrens einem nach Abs.2 lit.a zusammengesetzten Senat.

Der UFS als Finanzstrafbehörde II. Instanz hat erwogen:

Im vorliegenden Fall beträgt der strafbestimmende Abgabebetrag (Zoll, Einfuhrumsatzsteuer, Tabaksteuer) der dem Bw. angelasteten Zigaretten insgesamt 22.442,33 €, womit sich gemäß § 58 Abs.2 lit.a FinStrG die Zuständigkeit eines Spruchsenats zur Entscheidung ergibt. Beim Zollamt Wien waren zum Zeitpunkt der Entscheidungsfällung, am 7.5.2008, der Senat I gemäß § 68 Abs.2 lit.a FinStrG in der Zusammensetzung Mag. S. als Vorsitzende, Dr. T. als Beamter des höheren Finanzdienstes und Mag. B. als Laienbeisitzer mit den jeweiligen Vertretern für den Fall der Verhinderung eingerichtet, der Senat II gemäß § 68 Abs.2 lit.b FinStrG in der Zusammensetzung Dr. R. als Vorsitzender, Dr. V. als Beamter des höheren Finanzdienstes und Dr. Z. als Laienbeisitzer mit den jeweiligen Vertretern für den Fall der Verhinderung eingerichtet.

Dem Senat I oblag zufolge der Geschäftsverteilung die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses bei selbständig berufstätigen Beschuldigten, bei Beschuldigten, die weder selbständig berufstätig noch unselbständig oder sowohl selbständig als auch unselbständig berufstätig sind und bei mehreren Beschuldigten eines Verfahrens, die verschiedenen der vorgenannten Berufsgruppen angehören.

Dem Senat II oblag zufolge der Geschäftsverteilung die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten.

Mit der Zuteilung des Finanzstraffalles an den Senat II und der Fällung der Entscheidung in der Zusammensetzung R/V/Z wurde diese gesetzmäßig vorgesehene feste Geschäftsverteilung nicht eingehalten, sondern es wurde ein unzuständiges Kollegialorgan tätig. Denn der Bw. gehörte nach den im Tatzeitraum zu beurteilenden persönlichen Verhältnissen der Personengruppe an, die weder selbständig noch unselbständig berufstätig sind. Damit fällt er nach der Geschäftsverteilung in die Zuständigkeit des Senates I, sodass die Senatszusammensetzung primär S/T/B lauten musste. Es sei vermerkt, dass Bw nicht einmal dann in die Zuständigkeit des Senates II fallen konnte, wenn er einer unselbständigen beruflichen Tätigkeit nachginge. Denn jedenfalls gehörte die Mitbeschuldigte Ta. als Hausfrau in die Zuständigkeit des Senates I und nach der Regelung der Geschäftsverteilung zieht dieser Senat vor, wenn mehrere Beschuldigte desselben Verfahrens verschiedenen der vorgenannten Personengruppen angehören sollten. Durch diese Fehlbesetzung des urteilenden Senates leidet das Verfahren an dem wesentlichen Mangel, dass bei der Entscheidungsfindung das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt wurde (Art. 83 Abs.2 B-VG). Eine mit diesem Verfahrensmangel behaftete Entscheidung ist grundsätzlich aufzuheben (z.B. VfGH 3.3.2008 B 97/07; VfGH 29.2.2000 B 2025/99), dieser Mangel ist in jedem Stadium des Verfahrens wahrzunehmen und kann auch durch die richtige Besetzung des Berufungssenats nicht geheilt werden (VwGH 27.6.1994 93/16/0060).

Eine strafrechtliche Entscheidung enthält gemäß höchstgerichtlicher Judikatur (z.B. VwGH 25.10.2006 2006/15/0223) immer zwei Komponenten, die getrennt zu beurteilen, aber auch getrennt bekämpfbar sind : den Ausspruch über die Schuld und den Ausspruch über die Strafe(n) samt akzessorischem Kostenausspruch.

Im vorliegenden Fall hat der Bw. nur die Milderung der Strafe begehrt und somit den Schuldausspruch unbekämpft gelassen. Bezüglich des Schuldausspruchs tritt daher Teilrechtskraft ein (VwGH, 25.10.2006) und da der Berufungssenat keine gesetzliche Möglichkeit hat, diesen Teil der erstinstanzlichen Entscheidung aufzuheben, bleibt das Erkenntnis des – wenn auch unzuständigen - Spruchsenates in diesem Umfang bestehen und es war inhaltlich darauf nicht weiter einzugehen. Hingegen ist der nicht rechtskräftig gewordene Strafausspruch schon aufgrund des formellen Mangels eines unzuständigen Spruchsenates spruchgemäß aufzuheben und es konnte sich ein inhaltliches Eingehen darauf erübrigen.

Die Strafsache war daher im Umfang des Strafausspruchs an die Finanzstraßbehörde I. Instanz zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidungsfindung durch einen Spruchsenat im Sinne von § 68 Abs.2 lit.a FinStrG zurückzustellen.

Wien, am 17. Oktober 2008