



Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 5, Hofrat Dr. MMag. Schönauer Roland, am 8. Mai 2003 in der Finanzstrafsache gegen die Beschuldigte, Frau Bw. und des Nebenbeteiligten, Herrn NB., beide, vertreten durch Dr. Werner Zach, über die Berufungen vom 3. Oktober 2001 gegen das Erkenntnis des Hauptzollamtes Wien als Finanzstrafbehörde 1. Instanz vom 31. August 2001, dieses vertreten durch Oberrat Harald Vollmer, wegen der §§ 35 Abs.1 und 4, 17 und 185 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) idF 1993, zu Recht erkannt:

Der **Berufung der Frau Bw.** wird gemäß § 161 Abs.1 FinStrG **teilweise stattgegeben** und das angefochtene Erkenntnis in seinem Ausspruch wie folgt abgeändert:

Frau Bw. ist schuldig, sie hat im Dezember 1993 anlässlich ihrer Einreise nach Österreich eine eingangsabgabepflichtige Ware, nämlich 1 Stück Herrenarmbanduhr der Marke Rolex Oyster Perpetual, Ref.Nr. N., vorsätzlich unter Verletzung einer zollrechtlichen Stellungs- und Erklärungspflicht dem Zollverfahren entzogen. Sie hat dadurch das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs.1 a.F. FinStrG begangen.

Gemäß § 35 Abs.4 FinstrG wird über sie eine Geldstrafe in Höhe von **880,- (achthundertachtzig) €** verhängt. Gemäß § 20 FinStrG wird die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit **4 (vier) Tagen** festgesetzt.

Gemäß § 19 Abs.1 lit.b FinStrG wird in Anerkennung des Eigentumsrechts des NB. an der o.a. Herrenarmbanduhr der gemäß § 17 FinStrG ausgesprochene Verfall aufgehoben und gemäß § 161 Abs. 2 und 19 Abs.5 FinstrG über die Bw. eine teilweise Wertersatzstrafe in Höhe von **5.750,- (fünftausendsiebenhundertfünfzig) €** verhängt. Gemäß § 20 FinStrG wird die für den Fall der Uneinbringlichkeit des Wertersatzes an dessen Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit **6 (sechs) Tagen** festgesetzt.

Gemäß § 185 FinStrG hat die Bw. die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von **88,- (achtundachtzig) €** und die Kosten eines allfälligen Strafvollzugs zu ersetzen.

Der zugleich eingebrachten **Berufung des NB.** gegen den Ausspruch, dass er den Verfall der o.a. Herrenarmbanduhr gegen sich gelten zu lassen hat, wird gemäß § 161 Abs.1 FinStrG durch die Aufhebung des Verfallsausspruches **stattgegeben**.

Entscheidungsgründe

Mit dem im Spruch zitierten Erkenntnis erkannte das Hauptzollamt Wien als Finanzstrafbehörde I. Instanz die Berufungswerberin, Frau Bw., wegen des Schmuggels einer Herrenarmbanduhr der Marke Rolex Oyster Perpetual, Ref.Nr. N., anlässlich ihrer Einreise nach Österreich im Dezember 1993 gemäß § 35 Abs.1 FinStrG (i.d.F. 1993) für schuldig.

Gemäß § 35 Abs.4 FinStrG wurde über sie eine Geldstrafe in Höhe von 15.000,- ATS (= 1090,09 €) verhängt, für den Nichteinbringungsfall gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen festgesetzt.

Gemäß § 17 FinStrG iVm § 35 Abs.4 wurde auf Verfall der Herrenarmbanduhr erkannt.

Gemäß § 185 FinStrG wurde ein Kostenersatz in Höhe von 1.500,- ATS (= 109,01 €) auferlegt.

Weiters wurde im Erkenntnis normiert, dass der Verfallsbeteiligte NB. den Verfall der Herrenarmbanduhr gegen sich gelten lassen muss.

Dagegen brachten Bw. und NB., beide nunmehr vertreten durch Rechtsanwalt Dr. Zach, mit Schreiben vom 3. Oktober 2001 fristgerecht das Rechtsmittel der Berufung ein, mit der das Erkenntnis in vollem Umfang angefochten wurde. Betreffend Frau Bw. wurde geltend gemacht, dass sie bei der unbestrittenerweise in Budapest gekauften und ihrem Sohn in Österreich geschenkten Uhr nicht erkennen konnte, dass die Uhr deklarierungspflichtig war. Weder aufgrund ihrer "bisherigen Erfahrung" noch aufgrund des Kaufpreises der Uhr hätte sie die Erklärungspflicht (anlässlich der Einbringung der Uhr nach Österreich) erkennen können, weshalb es an der subjektiven Tatseite des Schmuggels mangle. Ebenso fehle aufgrund der Aktenlage bei NB. die subjektive Tatseite des Finanzvergehens.

Beantragt wurde, gegen Bw. und NB. aufgrund der geringen Schuld und des unbeachtlichen Schadens das Finanzstrafverfahren einzustellen, in eventu die Erkenntnisse aufzuheben und

an die Erstinstanz zur Verfahrensergänzung zurückzuverweisen, auf jeden Fall aber die über die Bw. verhängten Vermögensstrafen wesentlich herabzusetzen.

Der unabhängige Finanzsenat hat als Finanzstrafbehörde 2. Instanz über die vorliegenden Berufungen erwogen :

Gemäß § 35 Abs.1 FinStrG (i.d.F. 1993/94) macht sich des Schmuggels schuldig, wer eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich unter Verletzung einer zollrechtlichen Stellungs- oder Erklärungspflicht dem Zollverfahren entzieht. (Die Textierung des § 35 Abs.1 hat sich seither mehrmals verändert, würde aber in der späteren Fassung auf den vorliegenden Fall angewandt zu keinem anderen finanzstrafrechtlichen Ergebnis führen, sodass gemäß § 4 Abs.2 FinStrG die alte Fassung anzuwenden ist).

Gemäß § 8 Abs.1 leg.cit. handelt vorsätzlich, wer einen Sachverhalt verwirklichen will, der einem gesetzlichen Tatbild entspricht; dazu genügt es, dass der Täter diese Verwirklichung für möglich hält und sich mit ihr abfindet.

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

Gemäß § 23 Abs.2 leg.cit. sind bei Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen.

Gemäß § 23 Abs.3 leg.cit. sind bei Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gemäß § 35 Abs.4 leg.cit. wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabenbetrages geahndet. Neben der der Geldstrafe ist nach Maßgabe des § 15 auf eine Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu erkennen.

Gemäß § 17 Abs.2 i.V.m. § 35 Abs.4 leg.cit. unterliegen Sachen dem Verfall, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde. Gemäß § 17 Abs. 3 leg.cit. haben andere Personen, die Eigentümer des Tatgegenstandes (des Schmuggels) sind, den Verfall gegen sich gelten zu lassen, wenn ihnen vorzuwerfen ist, dass sie

- a) zumindest in auffallender Sorglosigkeit dazu beigetragen haben, dass mit diesen Gegenständen das Finanzvergehen begangen wurde, oder
- b) beim Erwerb der Gegenstände die deren Verfall begründenden Umstände kannten oder aus auffallender Sorglosigkeit nicht kannten....

Gemäß § 19 Abs.2 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.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt folgender Sachverhalt zugrunde:

Am 4.Oktobe 1994 reiste der rumänische Staatsbürger NB. über das Zollamt Flughafen Wien nach Österreich ein und durchschritt den sogenannten "Grünkanal". Bei einer Revision wurde in seinem Handgepäck unter anderem die im Spruch angeführte Herrenarmbanduhr der Marke Rolex Oyster Perpetual vorgefunden. Zur Herkunft der Uhr befragt, erklärte er, sie sei von seiner in Rumänien lebenden Mutter Bw. in Budapest gekauft, danach nach Österreich verbracht und ihm hier geschenkt worden.

Die Uhr wurde wegen des Verdachts,Tatgegenstand eines Finanzvergehens zu sein, gemäß § 89 Abs.2 FinStrG beschlagnahmt.

Mit Schriftsatz vom 29.November 1994 legte NB. die von einem rumänischen Staatsnotar beglaubigte Übersetzung einer Erklärung seiner Mutter vom 24. November 1994 vor, in der sie angibt, sie habe ihrem in Wien wohnhaften Sohn die Uhr der Marke Rolex Oyster Perpetual, die sie in Budapest im November 1993 gekauft hatte, zum Weihnachtsgeschenk gemacht. Im Übrigen sei sie Inhaberin mehrerer Import-Export – Gesellschaften und mehrfache Grundbesitzerin.

Von der durch die Behörde eingeräumten Möglichkeit, sich zu dem finanzstrafrechtlichen Verdacht niederschriftlich zu äußern, machten die Parteien keinen Gebrauch bzw. wurde von beiden im weiteren Verlauf des Verfahrens unter Festhalten am bisherigen Vorbringen auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung nach § 125 Abs.3 FinStrG verzichtet.

Ein Antrag des NB. vom 4. November 1994 auf Aufhebung der Beschlagnahme der verfahrensgegenständlichen Uhr wurde mit Bescheid des Hauptzollamtes Wien vom 22. November 1994 abgewiesen, ebenso die dagegen an die Finanzlandesdirektion gerichtete Beschwerde mit deren Entscheidung vom 5. April 1995.

Eine Nachfrage des Hauptzollamtes bei der Firma Rolex/Genf ergab, dass die gegenständliche Uhr im Oktober 1991 an deren Filiale in Paris ausgeliefert worden war. Der Zollwert der Uhr wurde in einem Gutachten des Dorotheums vom 13. Dezember 1994 mit 115.000,- ATS beziffert. Auf dieser Basis ergeben sich die Eingangsabgaben mit 28.865,- ATS (Zoll 4.600,- ATS, Einfuhrumsatzsteuer 23.920,- ATS, Außenhandelsförderungsbeitrag 345,- ATS).

Aufgrund der Verfahrensergebnisse wurden mit Erkenntnis des Hauptzollamtes Wien als Finanzstrafbehörde 1. Instanz vom 31. August 2001 die o.a. Strafen verhängt. Die Finanzstrafbehörde 1. Instanz sah es aufgrund der übereinstimmenden Aussagen von Bw. und NB. als erwiesen an, dass die Uhr Ende 1993 von Bw. in Ungarn gekauft worden war und dann in Österreich ihrem Sohn als Weihnachtsgeschenk übergeben worden war. Bw. hatte während des Verfahrens niemals durch entsprechende Belege die Verzollung der Uhr nachgewiesen bzw. eine solche auch nur behauptet. Das Zollamt ging daher in seiner Würdigung von einer zollunredlichen Einbringung der Uhr und aufgrund der kaufmännischen Tätigkeiten der Bw. davon aus, dass ihr klar gewesen ist, eine solche Uhr von beträchtlichem Wert verzollen zu müssen.

Die Beweiswürdigung der Finanzstrafbehörde 1. Instanz ist schlüssig und steht mit den Erfahrungen des täglichen Lebens in Einklang. Einerseits handelt es sich unbestritten erweise um eine ausländische Ware, die in Österreich geschenkt wurde. Von einer notwendigerweise dazwischen erfolgten Verzollung war seitens Bw. niemals die Rede. Es gelangt auch die Finanzstrafbehörde 2. Instanz in freier Beweiswürdigung dieses Verhaltens zum Ergebnis, dass eine Verzollung nicht erfolgt ist. Denn es wäre ein Leichtes und aus der Sicht einer in Schmuggelverdacht stehenden Person logisch, durch Vorlage entsprechender Belege ungerechtfertigte Schuldzuweisungen von sich zu weisen. Auch höchstgerichtliche Judikatur gesteht es der Behörde zu, die Nichterbringung von Angaben zur Lösung der Tatfrage seitens eines Beschuldigten zu würdigen (z.B. OGH, 9 Os 98/85, 13 Os 31/86, 13 Os 61/86).

Es muss auch als allgemein bekannt vorausgesetzt werden, dass eine derartige Ware mit einem beträchtlichen, die Reisefreigrenze weit überschreitenden Wert, auch wenn sie als Geschenk gedacht ist, anlässlich der Verbringung ins Zollgebiet zu deklarieren und zu verzollen ist. Umso mehr muss solche Kenntnis bei Personen, die eine kaufmännische Tätigkeit ausüben, als bekannt vorausgesetzt werden. Die objektive und subjektive Tatseite des Finanzvergehens des Schmuggels war somit bei Frau Bw. verwirklicht. In Hinblick auf die Höhe der nicht bezahlten Eingangsabgaben in Höhe von 28.865,- ATS kann keineswegs von einem geringen Schaden und einer geringen Schuld, wie in der Berufungsschrift argumentiert wird, gesprochen werden.

Die Erstinstanz hat im Erkenntnis eine Geldstrafe von 15.000.- ATS verhängt, das entspricht bei einer sich gemäß § 35 Abs.4 FinStrG ergebenden Höchststrafe im Ausmaß des Zweifachen der Eingangsabgaben, nämlich 57.730,- ATS, etwa 26 % des Strafrahmens. Es wurden dabei gemäß § 23 Abs.2 u.3 FinStrG berücksichtigt die von der Beschuldigten Bw. dargelegten

persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse, als Milderungsgründe die finanzstrafrechtliche Unbescholtenseitigkeit sowie der Umstand, dass die Tat schon längere Zeit zurücklag und die Beschuldigte sich seitdem wohlverhalten hat (§ 34 Abs.1 Z.18 StGB iVm § 23 Abs.2 FinStrG). Erschwerungsgrund wurde keiner erblickt. Zieht man als zusätzlichen Milderungsgrund die nicht ausschließlich von der Beschuldigten zu vertretende lange Verfahrensdauer heran (§ 34 Abs.2 StGB), erscheint die nunmehr um rund ein Fünftel herabgesetzte Geldstrafe tat- und täteradäquat. Die gemäß § 20 FinStrG festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe sowie der Pauschalkostenersatz gemäß § 185 Abs. 1 lit. a waren in entsprechender Relation zu verringern.

Da dem Geschenknehmer NB. ein finanzstrafrechtlicher Vorwurf im Sinn des § 17 Abs. 3 FinStrG nicht zu machen ist – s.u. die ihn betreffenden Begründungsausführungen - war der Verfallsausspruch des Erkenntnisses in Berücksichtigung von dessen Eigentum an der Uhr aufzuheben. Gemäß § 19 Abs. 1 lit.b war statt des Verfalls über Bw. die Strafe des Werter-satzes zu verhängen. Der Wertersatz in Höhe des gemeinen Wertes des Tatgegenstandes zum Zeitpunkt der Tatbegehung (Abs.3) berechnet sich in üblicher und höchstgerichtlich anerkannter Judikatur (z.B. VWGH 2001/16/0296, OGH 13 Os 178/86) in der Weise, dass zum Zollwert die Eingangsabgaben addiert werden und dem so erhaltenen Wert unter Be-rücksichtigung einer Handelsspanne 10 % hinzugerechnet werden. Im vorliegenden Fall ergibt sich daher 158.251,50 ATS (= 115.000,- + 28.865,- + 10 %) bzw. 11.500,59 €. Unter Anwendung von § 19 Abs. 5 FinStrG erachtet es die Rechtsmittelbehörde – wiederum unter Berücksichtigung obiger Strafzumessungsgründe – für angemessen, den Wertersatz nur teilweise, nämlich in halber Höhe aufzuerlegen. Gemäß § 20 FinStrG war für den Nichteinbringungsfall des Wertersatzes die Ersatzfreiheitsstrafe festzusetzen. Es wurde dabei herangezogen der Umrechnungsschlüssel bei der Ersatzfreiheitsstrafe für die Geldstrafe (1 Tag entspricht 220,- €) und die Proportion, dass die Berechnungsgrundlage für den Wertersatz (gemeiner Wert der Ware) ca. fünfeinhalfmal so hoch wie für die Geldstrafe (Abgabenbetrag) ist.

Bezüglich NB. ist festzustellen, dass er durch die Schenkung der Uhr zu deren Eigentümer wurde und gemäß § 17 Abs.3 FinStrG einen Verfallsausspruch gegen sich gelten lassen muss, wenn auf ihn eine der o.a Voraussetzungen a) oder b) dieser Bestimmung zutrifft. Diese subjektive Verfallsvoraussetzung bleibt zu prüfen.

Eine Beteiligung des NB. an dem von seiner Mutter gesetzten Schmuggel ist aus der Aktenlage nicht ersichtlich, weshalb er auch nicht als Beschuldigter des Schmuggels, sondern als

Nebenbeteiligter gemäß § 76 lit.a FinStrG in Hinblick auf die für Verfallen zu erklärende Uhr dem Verfahren beigezogen wurde. Bezuglich des Tatbestandes b) hält die Berufungsbehörde dem Verfallsbeteiligten zugute, dass ihm aufgrund der Aktenlage nicht vorgehalten werden kann, von dem vorangehenden Schmuggel gewusst zu haben, ihm aber als Geschenknehmer auch nicht zumutbar ist, sich nach allfälliger Verzollung des Geschenks zu erkundigen. Auch das im Erkenntnis angezogene Argument, dass sich NB., der Inhaber eines Import – Export – Betriebes ist und dem die ausländische Provenienz der Uhr bekannt war, über zollrechtliche Belange Gedanken gemacht haben müsste, vermag an dieser Sichtweise nichts zu ändern. Rein gedankliche Vorgänge sind einer rechtlichen bzw. Beweiswürdigung nicht zugänglich, wenn sie nicht durch konkrete Handlungen oder Äußerungen manifest werden. Und dass er bei allenfalls angestellten Überlegungen schließlich die Frage nach erfolgter Verzollung bzw. das Abverlangen von Verzollungsbelegen, in denen auch der Wert der Uhr aufscheinen würde, anstandshalber doch unterließ, ist ihm – wie schon gesagt – zuzugestehen und schliesst auch die in § 17 Abs. 3 lit. b) geforderte Verschuldensform der (groben) Fahrlässigkeit aus. Es war daher spruchgemäß der Verfall aufzuheben und an seiner Stelle gemäß § 19 Abs.1 lit.b der Bw. ein Wertersatz aufzuerlegen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Rechtsmittelbelehrung

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

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

Zahlungsaufforderung

Die Geldstrafe, die Wertersatzstrafe und die Kosten des Finanzstrafverfahrens sind gemäß § 171 Abs. 1 und § 185 Abs. 4 FinStrG binnen eines Monates nach Rechtskraft dieser Ent-

scheidung fällig und mittels eines gesondert zugehenden Erlagscheines auf das Postsparksenkonto des Hauptzollamtes Wien zu entrichten, widrigenfalls Zwangsvollstreckung durchgeführt und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bzw. der Wertersatzstrafe die Ersatzfreiheitsstrafe/n vollzogen werden müssten.

Wien, 8. Mai 2003