

## BESCHLUSS

Das Bundesfinanzgericht hat durch den Richter Dr. Richard Tannert als Vorsitzenden des Finanzstrafsenates Wien 6 in der Finanzstrafsache gegen A, geb. xxxx, LKW-Fahrer, whft. XXX, vertreten durch Dr. Andreas Köninger Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungs GmbH, Schottenfeldgasse 71/1/9, 1070 Wien, wegen des Finanzvergehens einer fahrlässigen Abgabenverkürzung gemäß § 34 Abs. 2 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) iVm § 11 Abs. 1 Mineralölsteuergesetz (MinStG) 1955 über die Berufung (Beschwerde) des Beschuldigten vom 19. Dezember 2013 gegen das Erkenntnis des Zollamtes Eisenstadt Flughafen Wien als Finanzstrafbehörde, StrNr. 330/2013/00021-001 (angeführte Zl. 320.000/90.107/17/2012 -AFA), vom 22. November 2013, Amtsbeauftragter: Hofrat Mag. Martin Kühtreiber, im Vorverfahren den Beschluss gefasst:

I. Der Beschwerde des Beschuldigten wird Folge gegeben und das angefochtene Erkenntnis dahingehend abgeändert, dass es zu lauten hat:

Das gegen den Beschuldigten beim Zollamt Eisenstadt Flughafen Wien unter der StrNr. 330/2013/00021-001 (angeführte Zl. 320.000/90.107/17/2012 -AFA) wegen des Verdachtes, er habe am 10. Oktober 2011 im Amtsbereich des genannten Zollamtes fahrlässig steuerbegünstigtes gekennzeichnetes Gasöl zu einem anderem als den begünstigtem Zweck verwendet, indem er dieses beim Befüllen eines Treibstofflagertankes mit Dieselkraftstoff vermischt habe, und dadurch eine fahrlässige Abgabenverkürzung nach § 34 Abs. 2 FinStrG iVm § 11 Abs. 1 MinStG 1995 begangen, anhängige Finanzstrafverfahren wird im Zweifel zugunsten für den Beschuldigten gemäß § 136 Abs. 1 FinStrG eingestellt.

II. Gegen diesen Beschluss ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) nicht zulässig.

## Begründung

1. Mit dem bekämpften Erkenntnis wurde A schuldig erkannt, er habe am 10. Oktober 2011 im Bereich des Zollamtes Eisenstadt Flughafen Wien fahrlässig gekennzeichnetes Gasöl (Heizöl) mit Gasöl (Diesel) gemischt. Die Vermischung sei durch den Genannten bei der Befüllung des Betriebstankes der C-GmbH, Adresse \*\*\* erfolgt. Sohin habe er gekennzeichnetes Gasöl (Heizöl) verbotswidrig behandelt.

Er habe dadurch das Finanzvergehen der fahrlässigen Abgabenverkürzung nach § 34 Abs. 2 FinStrG iVm § 11 Abs. 1 MinStG 1995 begangen.

Gemäß § 34 Abs. 4 FinStrG, § 11 Abs. 3 MinStG wurde über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von € 500,00 verhängt. Gemäß § 20 FinStrG wurde für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe eine an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe von zwei Tagen festgesetzt.

Gemäß § 185 FinStrG seien die Kosten des Strafverfahrens in der Höhe von € 50,00 sowie die Kosten des Strafvollzuges zu ersetzen. Die Höhe der Kosten des Strafvollzuges würde durch gesonderten Bescheid festgesetzt werden.

Dem Erkenntnis liege folgender Sachverhalt zu Grunde:

Der Beschuldigte habe am 10. Oktober 2011 mit dem von ihm benutzten Tankzug der B-GmbH insgesamt 5.611 Liter Mineralöl an die C-GmbH geliefert.

In Ausübung der amtlichen Aufsicht haben Organe des Zollamtes Eisenstadt Flughafen Wien am 18. Oktober 2011 im Rahmen eines Aktionstages Mineralöl im Betrieb der C-GmbH gemäß § 48 Mineralölsteuergesetz 1995 Proben an der Zapfsäule der dortigen Betriebstankstelle entnommen und zur Untersuchung an die Technische Untersuchungsanstalt der Steuer- und Zollkoordination (TUA) in Wien weitergeleitet.

Die Analyse der Probe hat eine Beimischung von steuerbegünstigtem Gasöl von 3% Vol. (bezogen auf eine Kennzeichnung des getankten Heizöl Extra Leicht von 6 mg/l S.Y. 124) ergeben. Die TUA schlug daher eine Einreichung in den ÖZT-Code 2710 1941 30, V196, vor (ETOS-Untersuchungsbefund vom 16.11.2011 zu Geschäftsfall 0000/2011).

Das bekämpfte Erkenntnis legte dem Beschuldigten zur Last, er habe bei der vorgenannten Mineralöllieferung die in der Pumpvorrichtung und den Schlauchleitungen der Lieferfahrzeuge befindlichen Restmengen von gekennzeichnetem Gasöl gemeinsam mit dem zu lieferndem Gasöl in den Lagertank der C-GmbH gepumpt und somit gekennzeichnetes Gasöl (Heizöl) verbotswidrig behandelt.

2. Gegen dieses Erkenntnis hat der Beschuldigte fristgerecht eine Berufung erhoben, welche in weiterer Folge als Beschwerde nach § 150 Abs. 1 FinStrG durch das Bundesfinanzgericht in Behandlung zu nehmen war.

3. Gemäß § 98 Abs. 3 FinStrG haben die Finanzstrafbehörden - und gemäß § 157 FinStrG auch das Bundesfinanzgericht - unter Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen ist oder nicht; bestehen Zweifel, so darf die Sache nicht zum Nachteil des Beschuldigten angenommen werden. Dabei ist der Nachweis nicht nur hinsichtlich der objektiven, sondern auch hinsichtlich der subjektiven Tatseite zu führen. Bleiben Zweifel bestehen, sind diese somit zugunsten des Beschuldigten beachtlich.

4. Die Prüfung von Mineralölen, so auch die Vorbereitung und Durchführung der Probenahme von flüssigen Mineralölproduktionsstätten, ist in der DIN 51 750, Ausgabe Dezember 1990, festgelegt.

Bei der Probenahme nach dieser Norm soll aus dem Prüfgut eine repräsentative Probe entnommen werden. Dadurch soll es ermöglicht werden, auf Grund der bei der Prüfung festgestellten Eigenschaftsmerkmale dieser Probe die Gesamtmenge des Prüfgutes zu beurteilen.

Die Probe aus der Zapfeinrichtung dient der Beurteilung der Qualität der abgegebenen Ware an der Abgabestelle, zB an der Tankstelle.

Auslaufproben aus Zapfeinrichtungen gelten als repräsentativ für die abgegebene Ware.

Soll eine Probe flüssiger Mineralölprodukte - wie im verfahrensgegenständlichen Fall - aus der Zapfeinrichtung einer Betriebstankstelle entnommen werden, ist vor der eigentlichen Probenahme nach Abschnitt 4.5 der DIN 51 750 ein ausreichender Vorlauf (mindestens 10 l) zu entnehmen, der nicht zu Prüfzwecken verwendet werden darf. Dadurch wird vermieden, dass die Probe durch Rückstände in der Zapfanlage verfälscht wird. Die Menge des entnommenen Vorlaufs ist in dem über die Probenahme anzufertigenden Bericht zu dokumentieren.

In der vorliegenden "Niederschrift über Ermittlungen gemäß § 48 Mineralölsteuergesetz 1995" ist festgehalten, dass die Mineralöl-Probenahme an der Zapfsäule erfolgte. Die Niederschrift enthält Firma und Anschrift, die Namen der Anwesenden, die Bezeichnung der Probe (Gasöl), Ort und Tag der Entnahme, den Zweck der Warenkontrolle, die Anzahl der Proben, die Art der Kennzeichnung, einen Hinweis auf die Ausfolgung einer amtlich gesicherten Gegenprobe (mit Verweis auf die Folgen einer Verschlussverletzung), den Vermerk, dass kein Musterverzicht abgegeben wurde sowie den Lieferanten des Mineralöls. Die Niederschrift ist von den anwesenden Personen unterzeichnet, eine Durchschrift wurde an die Partei ausgefolgt.

Im vorliegenden Fall ist weder die Entnahme eines Vorlaufs dokumentiert noch ist die Probenahme laut Aktenlage direkt im Anschluss an einen Betankungsvorgang erfolgt.

Wird für Untersuchungszwecke eine Probe genommen, ist darüber ein Bericht anzufertigen, der alle für die Probenahme wichtigen Angaben enthalten muss. Die vorliegende Niederschrift vom 18. Oktober 2011 entspricht diesen Anforderungen nicht.

Fehlt ein derartiger Bericht, kann nicht festgestellt werden, ob die untersuchte Probe repräsentativ und unverfälscht gewesen ist.

Eine mangelhaft durchgeführte oder mangelhaft dokumentierte Probenahme ist keine taugliche Grundlage für eine Abgabenvorschreibung (vgl. bereits UFS 2.8.2012, ZRV/0286-Z3K/09).

Damit ist aber in gleicher Weise der an den Beschuldigten gemachte Tatvorwurf, er habe bei der vorgenannten Mineralöllieferung die in der Pumpvorrichtung und den Schlauchleitungen der Lieferfahrzeuge befindlichen Restmengen von gekennzeichnetem Gasöl gemeinsam mit dem zu lieferndem Gasöl in den Lagertank der C-GmbH gepumpt und somit gekennzeichnetes Gasöl (Heizöl) verbotswidrig behandelt, mit der für ein Finanzstrafverfahren erforderlichen Sicherheit nicht erweislich.

5. Die Voraussetzungen für eine Verfahrenseinstellung nach § 136 Abs. 1 FinStrG liegen daher nunmehr vor.

Diese Entscheidung auf Einstellung des anhängigen Finanzstrafverfahrens konnte gemäß § 62 Abs. 2 iVm § 160 Abs. 1 FinStrG bereits im Vorverfahren vor Einberufung des Finanzstrafsenates durch den Senatsvorsitzenden getroffen werden.

### **Zur Unzulässigkeit der Revision**

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

Wien, am 29. Juli 2018