



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Graz
Finanzstrafsenat 3

GZ. FSRV/0006-G/06

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 3 als Organ des unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied Dr. Andrea Ornig sowie die Laienbeisitzer Dr. Gernot Stöckl und Ing. Johann Zötsch als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw, vertreten durch Mag. Nikolaus Bauer, Rechtsanwalt, 1010 Wien, Rotenturmstraße 19/Stiege 2/36, wegen des Finanzvergehens des Schmuggels gemäß § 35 Abs. 1 lit. a in Verbindung mit § 11 des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 10. Februar 2006 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates I beim Zollamt Graz als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 4. August 2005 nach der am 29. September 2006 in Anwesenheit des Vertreters des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten Dr. Michael Richter-Kernreich sowie der Schriftührerin Dagmar Brus durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der erstinstanzliche Schulterspruch wird dahingehend abgeändert, dass die Wortfolge „am 8.3.2004“ durch die Wortfolge „am 8.3.2003“ ersetzt wird.

Der angefochtene Bescheid wird in seinem Ausspruch über die Strafe wie folgt abgeändert:

Die Geldstrafe wird gemäß § 35 Abs. 4 FinStrG mit

9.000,00 (neuntausend) €,

die Ersatzfreiheitsstrafe gemäß § 20 FinStrG mit

4 (vier) Wochen

neu bemessen.

Statt auf Verfall der beschlagnahmten Tatgegenstände wird der Beschuldigte KN gemäß §§ 35 Abs. 4, 17 Abs. 6 und 19 Abs. 1, 3 und 4 FinStrG mit einer Teilwertersatzstrafe in der Höhe von

12.000,00 (zwölftausend) €

bestraft.

Gemäß § 20 FinStrG wird die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe die Ersatzfreiheitsstrafe mit

5 (fünf) Wochen

festgesetzt.

Im Übrigen wird die Berufung des Beschuldigten als unbegründet abgewiesen.

Entscheidungsgründe

Am Samstag, den 8. März 2003, stellte sich der tschechische Staatsbürger MB mit einem PKW S am Autobahngrenzübergang Spielfeld zur Passkontrolle, um nach Slowenien auszureisen. Im Zuge einer durchgeführten Fahrzeug- und Lenkerkontrolle wurde von Beamten der Bundesgendarmerie festgestellt, dass MB einen tschechischen Mietwagen benutzte, für den eine Fahrgenehmigung außerhalb Tschechiens nicht vorlag. Mieter des Fahrzeuges war laut mitgeführtem Mietvertrag vom 7. März 2003 KL. In der auf der Rücksitzbank des Fahrzeuges liegenden Jacke des MB wurden in den Innen- und Außentaschen sechs mit weißem Isolierband verschnürte Plastiktüten gefunden, in denen insgesamt 4,9 kg Goldschmuck verpackt war.

Im Zuge einer daraufhin im Beisein einer gerichtlich beeideten Dolmetscherin für die tschechische Sprache in der Grenzkontrollstelle Spielfeld durchgeführten Einvernahme gab MB zu Protokoll, er sei in Tschechien selbstständig tätig. Mitte der Woche habe er seinem Freund, dem Berufungswerber (= Bw.), erzählt, er habe vor, nach Kroatien zu fahren um Handelsfreunde zu besuchen. Der Bw., der in B zwei Juweliergeschäfte betreibe, habe ihn gebeten, bei dieser Gelegenheit diversen Goldschmuck zu seinem Bruder LN nach Kroatien zu bringen, der in K ebenfalls ein Juweliergeschäft betreibe. Da sich der Schmuck in B schlecht verkaufen lasse, wolle er versuchen, ihn über seinen Bruder in Kroatien zu verkaufen.

Am Freitag, den 7. März 2003, sei MB vom Bw. angerufen und gefragt worden, ob er jetzt nach Kroatien fahre. MB habe ihm mitgeteilt, sein eigenes Fahrzeug befindet sich zwecks Reparatur in der Werkstatt. Er habe für Montag, 10. März 2003, ein Mietfahrzeug bei einer Firma in B bestellt.

Im Zuge eines persönlichen Treffens mit dem Bw. am Abend des gleichen Tages habe ihm dieser mitgeteilt, er könne ohne weiteres schon am nächsten Tag nach Kroatien fahren, da sein Freund KL einen Wagen gemietet habe, den er ihm vermitteln könne. Daraufhin sei ein Treffen für den darauffolgenden Tag um 9.00 Uhr im Geschäft des Bw. vereinbart worden.

Am 8. März 2003 habe der Bw. sechs weiß verschnürte Pakete mit Schmuck aus dem Tresor geholt, die MB in den Taschen seiner Jacke verstaut habe. Er habe für den Schmuck keine Quittung bekommen. KL habe ihn zum Fahrzeug gebracht, einiges erklärt, sämtliche Fahrzeugdokumente und –schlüssel übergeben und ihm den Mietvertrag gezeigt, der im Handschuhfach gelegen sei. Daraufhin sei er sofort Richtung Österreich losgefahren. Kurz vor der Grenze habe er den Bw. noch einmal angerufen und ihm mitgeteilt, dass er schon längere Zeit im Stau stehe. Bis Spielfeld habe er dann mit dem Bw. keinen Kontakt mehr gehabt.

Er habe bisher noch nie Goldschmuck nach Kroatien verbracht. Die Fahrt sei ein Freundschaftsdienst gewesen; er habe dafür kein Geld erhalten (Niederschrift vom 8. März 2003).

In der Verdächtigeneinvernahme vom 19. März 2003 führte MB aus, er sei am 8. März 2003 über das Zollamt D nach Österreich eingereist. Eine Erklärung hinsichtlich des Schmuckes habe er nicht abgegeben, weil er gedacht habe, er könne ohne weiteres durch Österreich durchreisen. Auch der Bw. habe ihm keinen Auftrag gegeben, den Schmuck bei der Einreise nach Österreich zu deklarieren. Geld für eine allfällige Kautions- bzw. für die Verzollung der Schmuckwaren in Kroatien habe er nicht mit sich geführt. Die von ihm mitgeführten Barmittel hätten nur zur Finanzierung der Reisekosten gedient.

Laut Schätzungsgutachten des gerichtlich beeideten Sachverständigen OS vom 4. April 2003 handelt es sich bei dem Schmuck um einfach gefertigte Massenware aus 14-karätigem Gold bzw. Silber mit ausländischen Feingehalts- und Amtspunzen im Gesamtwert von 78.972,00 €.

Mit dem Bescheid vom 24. April 2003 wurden MB vom Zollamt Graz Einfuhrabgaben in der Höhe von 18.396,05 € vorgeschrieben. Die gegen den Abgabenbescheid eingebrachte Berufung wurde mit der Berufungsvorentscheidung des Zollamtes Graz vom 14. Juli 2003 als unbegründet abgewiesen. Eine (teilweise) Entrichtung der Eingangsabgaben ist bis dato nicht erfolgt.

Mit dem Bescheid vom 27. November 2003 ordnete die Finanzstrafbehörde erster Instanz die Beschlagnahme der Schmuckstücke an.

In der gegen den Beschlagnahmebescheid erhobenen Beschwerde vom 18. Dezember 2003 brachte der Bw. durch seinen Vertreter vor, er habe MB gebeten, den Goldschmuck zu seinem Bruder nach Kroatien zu bringen und ihn dabei darauf hingewiesen, dass der Schmuck an jeder Grenzstelle deklariert werden müsse. Den Bw. treffe daher kein fahrlässiges oder sonst schulhaftes Verhalten.

Die Beschwerde wurde mit dem Bescheid des Unabhängigen Finanzsenates vom 25. März 2004, GZ. FSRV/0007-G/04, als unbegründet abgewiesen.

Mit dem Bescheid vom 19. Februar 2004 wurde gegen den Bw. ein Finanzstrafverfahren wegen des Verdachtes der Bestimmung zum Schmuggel nach § 35 Abs. 1 lit. a 1. Fall in Verbindung mit § 11 FinStrG eingeleitet. In der Beschwerde gegen diesen Bescheid wird vorgebracht, der Bw. habe MB angewiesen, den Schmuck beim Grenzübertritt nach Österreich zu deklarieren. MB habe seine Anweisungen nicht befolgt, was aber nicht auf eine beabsichtigte Umgehung der Zollvorschriften, sondern auf seine Vergesslichkeit und die Tatsache zurückzuführen sei, dass diesem eine Verzollung auf Grund der Weiterreise nach Kroatien offenbar nicht notwendig erschienen sei. Selbst bei ordnungsgemäßer Deklaration des Schmuckes bei der Einreise nach Österreich wären keine Abgaben angefallen, da Österreich lediglich Durchfuhrland gewesen sei.

Auf den diese Beschwerde abweisenden Bescheid des Unabhängigen Finanzsenates vom 2. Februar 2005, GZ. FSRV/0022-G/04 wird verwiesen.

Zur mündlichen Verhandlung vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz ist der Bw. nicht erschienen.

Mit dem Erkenntnis vom 4. August 2005 wurde der Bw. nach § 35 Abs. 1 lit. a 1. Fall in Verbindung mit § 11 FinStrG schuldig erkannt, MB dazu bestimmt zu haben, eingangsabgabepflichtige Waren unverzollter drittäandischer Herkunft, nämlich Schmuckwaren aus Gold und Silber mit einem Gesamtgewicht von ca. 4,9 kg, auf welchen Eingangsabgaben in der Höhe von 18.163,56 € lasten, versteckt in Plastikbeuteln in der Jacke auf dem Rücksitz eines Mietwagens am 8. März 2004 anlässlich seiner Einreise über das Zollamt D vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Europäischen Union zu verbringen.

Über MB wurde eine Geldstrafe in der Höhe von 10.000,00 €, über den Bw. eine Geldstrafe in der Höhe von 17.500,00 € verhängt. Gemäß § 17 Abs. 2 lit. a und Abs. 4 FinStrG wurden die

in der Beschlagnahmeanordnung vom 27. November 2003 aufgezählten Schmuckwaren für verfallen erklärt.

Begründend wurde ausgeführt, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände widerspreche ein Versehen des MB der allgemeinen Lebenserfahrung. Der Schmuck sei in der Art und Weise von Schmuggelfahrten transportiert worden. Finanzielle Mittel habe MB weder für die angeblich beabsichtigte ordnungsgemäße Verzollung in Kroatien noch für eine für die Eröffnung eines Versandverfahrens in Österreich und Slowenien erforderliche Sicherheitsleistung mitgeführt bzw. vom Bw. mitgegeben erhalten. Daraus könne der Schluss gezogen werden, der Schmuck sei ausschließlich für Schmuggelzwecke vorbereitet und transportiert worden. MB habe über Auftrag und entsprechend den Anweisungen des Bw. gehandelt.

In der gegen das Erkenntnis eingebrachten Berufung wird vom Bw. vorgebracht:

Aus den Aussagen des MB lasse sich weder ein Vorsatz zum Schmuggel noch ein Auftrag, den Schmuck unverzollt zu verbringen, ableiten. Hingegen existiere eine eidesstattliche Erklärung vom 20. April 2004, in der MB bekräftige, dass er beim Grenzübertritt in D nicht angehalten worden sei und vergessen habe, die Schmuckstücke zu deklarieren. Diese Erklärung decke sich mit den Ausführungen des Bw. in den Beschwerden gegen die Beschlagnahmeanordnung bzw. gegen den Bescheid über die Einleitung des Finanzstrafverfahrens, in denen der Bw. vorgebracht habe, den Schmuck an MB zwecks Transports nach Kroatien übergeben, ihn jedoch darauf hingewiesen zu haben, dass der Schmuck an jeder Grenze deklariert werden müsse. Gegen den Bw. sei das Strafverfahren daher einzustellen.

Aus der Art des Transports seien Rückschlüsse auf einen Schmuggel nicht möglich. Aus der Tatsache, dass der Bw. die Schmuckstücke transportfähig verpackt und nicht etwa unverpackt übergeben habe, sei noch nicht abzuleiten, dass die Ware geschmuggelt werden sollte. Es sei zweckmäßig und lebensnah, wertvolle Waren transportsicher und blickdicht zu verpacken, um Beschädigungen und allfällige Überfälle hintanzuhalten. Den Beschuldigten sei nicht bekannt gewesen, dass für das Versandverfahren eine Sicherheitsleistung notwendig sei. Beide seien davon ausgegangen, dass die Deklarierung der Ware bei der Ein- und Ausreise ausreichend sei. Finanzielle Mittel für eine Sicherheitsleistung seien deshalb nicht übergeben worden. Es sei allen Beteiligten klar gewesen, dass lediglich bei der Einreise nach Kroatien entsprechende Steuern und Zölle zu entrichten seien. Hinsichtlich dieser Beträge sei vereinbart gewesen, dass LN MB an der Grenze treffe und die Beträge begleiche. Diesbezüglich werde die Einvernahme des LN im Rechtshilfeweg in Kroatien beantragt.

Selbst im Fall der Anwendbarkeit des § 35 FinStrG müsste über den Bw. eine deutlich niedrigere Strafe verhängt werden. Er sei aktiver Geschäftsmann mit mehr als 40 Jahren Berufserfahrung und bis dato völlig unbescholt. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei, gemessen an österreichischen Verhältnissen, sehr gering. Durch das Verhalten des Bw. sei der Republik Österreich kein Schaden zugefügt worden, weil bei korrekter Zollanmeldung keine Abgaben zu entrichten gewesen wären. Die Judikatur betrachte bei diesen Umständen eine Geldstrafe in der Höhe von 11 % der möglichen Höchststrafe als angemessen (Hinweis auf VwGH-Erkenntnis vom 20.3.1997, 95/15/0002).

Hinsichtlich des Verfalls der Schmuckstücke wird vorgebracht, diese repräsentierten den rund fünffachen Wert der abzuführenden Eingangsabgaben. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (26.4.2002, 2000/16/0597) werde die Verhältnismäßigkeit gewahrt, wenn der strafbestimmende Wertbetrag bei 30% des Verfallswertes liege. Im vorliegenden Fall stehe daher der Verfall des Schmuckes in keiner vertretbaren Relation zum strafbestimmenden Wertbetrag. Ein Vorgehen nach § 17 FinStrG sei unzulässig.

Zur mündlichen Verhandlung vor dem Berufungssenat ist der Bw. nicht erschienen. Sein Vertreter wies darauf hin, dass Schmuck im Falle des Transportes durch mehrere Länder aus Sicherheitsgründen nicht offen oder in im Fahrzeug gut sichtbaren Stahlkoffern transportiert werden könne. Aus der Verpackung der Schmuckstücke könne daher nicht auf eine Schmuggelabsicht geschlossen werden.

Der Amtsbeauftragte brachte vor, der Bw. habe häufig Waren importiert, regelmäßige geschäftliche Kontakte mit seinem Bruder in Kroatien unterhalten und daher genau gewusst, was zu tun sei. Für die nunmehr behauptete beabsichtigte Verzollung des Schmuckes in Kroatien hätten Unterlagen bzw. Rechnungen gefehlt, an Hand derer die kroatischen Zollorgane die Höhe der Eingangsabgaben hätten berechnen können. Aus der Erstaussage des MB, dem Fehlen der finanziellen Mittel zur Entrichtung von Zoll und dem Fehlen von Unterlagen sei die Absicht des Bw. ersichtlich, sich die Eingangsabgaben in Kroatien zu ersparen. Dieser Absicht müsse zwangsläufig ein Durchfuhrschmuggel durch Österreich und Slowenien vorangehen, weil die Eröffnung eines Versandverfahrens in Österreich bedinge, dass dieses durch eine Mitteilung aus Kroatien über die ordnungsgemäße Verzollung beendet werde. Seit dem EU-Beitritt Österreichs sei eine Privilegierung des Durchfuhrschmuggels nicht mehr vorgesehen.

Der Vertreter des Bw. replizierte, ein Einfuhrschmuggel nach Kroatien sei nicht geplant gewesen. Die Einfuhrabgaben hätten durch LN bezahlt werden sollen. Dieser sei auch im

Besitz der Ankaufspapiere aus Italien gewesen. Die Rechnungen habe er zuvor an den Bw. in Tschechien gefaxt, damit diese im Abgabenverfahren vorgelegt werden konnten.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich des Schmuggels schuldig, wer eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet oder aus einer Freizone oder einem Freilager in einen anderen Teil des Zollgebietes verbringt oder der zollamtlichen Überwachung entzieht.

Gemäß § 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.

Innerhalb des Zollgebietes der Europäischen Union (EU) kann ein Schmuggel nicht begangen werden. Tschechien war im Zeitpunkt der Tathandlung am 8. März 2003 noch nicht Mitglied der EU (Beitritt im Jahr 2004), weshalb der Schmuck von MB beim Grenzübertritt nach Österreich in das Zollgebiet der EU eingebracht wurde.

Das „vorschriftswidrige Verbringen“ einer Ware in das Zollgebiet der EU im Sinn des § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG ist jedes Verbringen unter Nichtbeachtung der Art. 38 bis 41 Zollkodex und der in näherer Ausführung hiezu ergangenen Vorschriften des ZollR-DG.

Wer eingangsabgabepflichtige Waren ohne die zur Gestellung von Waren erforderliche Mitteilung in das Zollgebiet einbringt, verletzt die Gestellungspflicht. Der Umstand, dass der Täter an der Grenze von Zollbeamten „durchgewunken“ wurde, kann die gesetzliche Gestellungspflicht nicht beseitigen (VwGH 21.11.1985, 85/16/0086).

Die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes des § 35 Abs. 1 FinStrG wird im vorliegenden Fall nicht bestritten.

Gemäß § 11 FinStrG 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.

Einen anderen zur Tat bestimmt, wer dafür (objektiv zurechenbar) ursächlich wird, dass sich dieser andere zu ihrer Ausführung entschließt. Dies kann nicht nur durch Drohen, Befehlen oder Anordnen, sondern auch durch bloßes Anheimstellen, Bitten und erfolgen (VwGH 19.2.1987, 85/16/0083).

Die Bestimmung eines Anderen kann nur vorsätzlich geschehen, wobei bedingter Vorsatz genügt.

Grundsätzlich ist das Ersuchen des Bw., MB möge den Schmuck im Mietwagen zu seinem Bruder nach Kroatien bringen als Bestimmung zu qualifizieren. Allerdings bringt der Bw. vor, er habe Byma darauf hingewiesen, dass der Schmuck an jeder Grenze zu deklarieren sei.

Dieses Vorbringen steht jedoch im Widerspruch zu den Aussagen des MB in der Niederschrift vom 8. März 2003 und in der Verdächtigeneinvernahme vom 19. März 2003. Unmittelbar nach dem Aufgriff durch Organe der Bundesgendarmerie gab MB zu Protokoll, er habe über eine zollrechtliche Deklarierung des Schmuckes nicht nachgedacht und wollte die Grenzen passieren, um den Schmuck LN in K zu übergeben. Am 19. März 2003 gab MB vor der Finanzstrafbehörde erster Instanz an, er habe eine Zollerklärung bei der Einreise in D nicht abgegeben, weil er geglaubt habe, er könne ohne weiteres durch Österreich durchreisen. Der Bw. habe ihm keinen Auftrag erteilt, den Schmuck bei der Einreise zu deklarieren.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes entspricht es der Lebenserfahrung, dass die von einem Beschuldigten bei der ersten Vernehmung gemachten Angaben erfahrungsgemäß der Wahrheit am nächsten kommen (VwGH 26.1.1996, 95/02/0289). Dem erstmals in der Beschwerde gegen den Beschlagnahmebescheid erstatteten Vorbringen, MB sei vom Bw. darauf hingewiesen worden, dass er den Goldschmuck an der österreichischen und an der slowenischen Grenze deklarieren und an der kroatischen Grenze verzollen müsse, kommt daher nicht dasselbe Maß an Glaubwürdigkeit zu wie die von MB in den Niederschriften vom 8. und 19. März 2003 ohne Zwang abgegebenen und persönlich unterfertigten Erstaussagen, der Bw. habe ihm keinen Auftrag zur Deklarierung des Schmuckes erteilt.

Die Unglaubwürdigkeit des späteren, vom Rechtsbeistand des Bw. verfassten Vorbringens wird auch dadurch untermauert, als der Argumentation der Finanzstrafbehörde im erstinstanzlichen Verfahren, eine beabsichtigte Verzollung hätte sowohl der Mitnahme finanzieller Mittel für die Errichtung einer Sicherheitsleistung bzw. der Eingangsabgaben in Kroatien als auch entsprechender Unterlagen über die Herkunft und den Wert des Schmuckes bedurft, mit dem in der Berufung vom 10. Februar 2006 und somit drei Jahre nach der Tat erstmals erstatteten Vorbringen begegnet wird, es sei vereinbart gewesen, dass LN MB an der kroatischen Grenze treffe und die zu zahlenden Beträge begleiche. In diesem Zusammenhang ist unverständlich, dass MB zwar bei zweimaliger Befragung, einmal am Tag des Aufgriffs, einmal nach einer Nachdenkphase von zwei Wochen nach dem Aufgriff in der Lage war,

ausführlich die Vorgesichte des Schmucktransports zu schildern, ihm aber beim Hinweis auf nicht mitgeführte Barmittel und Rechnungen das angeblich beabsichtigte Treffen mit LN an der kroatischen Grenze entfallen sein sollte.

Diese Version des MB wurde in der mündlichen Verhandlung weiter ausgebaut und vom Vertreter der Beschuldigten vorgebracht, sämtliche für die Verzollung benötigten Unterlagen seien im Besitz des LN gewesen. Die im Abgabenverfahren der Behörde vorgelegten Ankaufspapiere aus Italien habe zum Nachweis dafür, dass es sich um redlich erworbenen Schmuck gehandelt habe, LN seinem Bruder in Tschechien gefaxt.

Aktenkundig ist, dass eine nachweislich den tatgegenständlichen Schmuck betreffende Rechnung weder im Abgaben- noch im Finanzstrafverfahren vorgelegt wurde. Vorgelegt wurde eine Rechnung, aus der hervorgeht, dass die Firma P, deren Geschäftsführer der Bw. ist, im Jahr 2000 bei der Firma T 8,112 kg Goldschmuck gekauft hat. Diese Rechnung wurde von der PC in Tschechien an den Rechtsvertreter des MB in Österreich gefaxt, der die Rechnung im Abgabenverfahren vorgelegt hat. Wenn nun im Abgabenverfahren vorgebracht wird, der Bw. habe den tatgegenständlichen Schmuck in Italien erworben, so bleibt unerklärlich, wie und aus welchem Grund die diesbezüglichen Ankaufsbelege für den Schmuck noch vor der Verbringung des Schmuckes selbst in den Besitz seines Bruders in Kroatien gelangt sein sollten. Es entspricht nicht internationalen Gepflogenheiten, dass zur Verzollung mitgeführter Waren an der Staatsgrenze Freunde bzw. Verwandte herbeieilen und die anfallenden Abgaben entrichten. Im vorliegenden Fall handelt es sich darüberhinaus um einen Unternehmer, der mit seinem Bruder in regelmäßiger Geschäftsbeziehung steht, sodass davon ausgegangen werden kann, dass eine interne Verrechnung der für die Verbringung des Schmuckes nach Kroatien anfallenden Abgaben kein Problem darstellt.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass das drei Jahre nach der Tat erstattete Vorbringen, es sei vereinbart gewesen, dass MB den Bruder des Bw. an der kroatischen Grenze treffe und dieser nicht nur das Geld, sondern auch die für die Verzollung des Schmuckes erforderlichen Unterlagen mitbringe, unglaublich ist, sodass im Berufungsverfahren von der diesbezüglich beantragten Zeugeneinvernahme des LN Abstand genommen werden konnte.

Dem Bw. ist zuzugestehen, dass eine blickdichte Verpackung des Schmuckes im Hinblick auf dessen Transport durch mehrere Staaten Europas durch eine einzelne Person aus Sicherheitsgründen erforderlich war. Die gewählte Verpackung des Schmuckes in Plastik, verschnürt mit Klebeband an Stelle von adäquaten Schmuckverpackungen lässt allerdings dennoch auf Schmuggelabsicht schließen, weil im Fall einer tatsächlich geplanten Deklarierung

des Schmuckes an der österreichischen Grenze die Pakete bereits nach einer Fahrtstrecke von ca. 50 Kilometern und einer Fahrzeit von nicht einmal einer Stunde wieder geöffnet und neu verklebt und an der slowenischen und kroatischen Grenze weitere zwei Mal aufgerissen und verklebt hätten werden müssen. Die gewählte Verpackung kann daher als hervorragend geeignet für die Schmuggelfahrt, nicht aber für den Fall mehrmaliger Deklarierung angesehen werden.

Darüberhinaus ist für jedermann offenkundig, dass die Verbringung von 4,9 kg Schmuck über mehrere Staatsgrenzen, ohne Rechnungen oder Quittungen mitzuführen, nicht durchgeführt werden kann, ohne den Verdacht auf sich zu lenken, eine strafbare Handlung begangen zu haben. Es ist daher davon auszugehen dass sowohl dem MB, der nach eigenen Angaben eine Hochschulausbildung gemacht und vor seiner selbständigen Tätigkeit u.a. sieben Jahre an einer Hochschule unterrichtet hat, als auch dem Bw. als erfahrenem Händler, der bereits mehrmals Schmuck aus Italien bezogen hat und in geschäftlichem Kontakt mit seinem Bruder in Kroatien gestanden ist, bekannt war, dass die Durchführung eines Versandverfahrens in Österreich (und Slowenien) nicht allein mit der Aussage des Byma an der Staatsgrenze, der Schmuck stehe im Eigentum seines Freundes und der Bruder des Freundes warte in Kroatien mit Geld und schriftlichen Unterlagen, beantragt werden kann. Wäre der Bw. daher nicht im Einvernehmen mit MB von einem Schmuggel der in seiner Jacke verstauten Schmuckpäckchen ausgegangen, hätte MB bei seiner Fahrt nach Kroatien schriftliche Unterlagen über Wert und Eigentumsverhältnisse des Schmuckes mit sich führen müssen. Die Verantwortung des Bw., er habe MB den Auftrag zur Deklarierung des Schmuckes erteilt, ist mit der Nichtaushändigung von Unterlagen, die im Zollverfahren benötigt werden, unvereinbar.

Dass MB an der österreichischen Grenze die Deklarierung des Schmuckes vergessen haben soll, kann angesichts des Hauptzweckes der Reise, nämlich der Verbringung von 4,9 kg Schmuck nach Kroatien, der kurzen Fahrtstrecke von B bis zum österreichischen Zollamt D und der Aussage des MB er habe vor der Grenze noch mit dem Bw., dem Eigentümer des in der Jacke deponierten Schmuckes telefoniert, ausgeschlossen werden.

Zur Höhe der verhängten Strafe ist auszuführen:

Gemäß § 35 Abs. 4 FinStrG wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabenbetrages geahndet. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Im vorliegenden Fall beträgt der Verkürzungsbetrag 18.396,05 €, die vom Gesetzgeber im gegenständlichen Fall angedrohte mögliche Höchststrafe somit 36.792,00 €.

Gemäß § 23 Abs. 1 FinStrG ist die Schuld des Täters die Grundlage für die Bemessung der Strafe. Gemäß Abs. 2 leg.cit. sind bei Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.

Bei Bemessung der Geldstrafe sind auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen (Abs. 3).

In diesem Zusammenhang ist dem Berufungssenat lediglich das Vorbringen in der Berufung bekannt, der Bw. sei selbständig tätig (zwei Juweliergeschäfte) und das Einkommensniveau in Tschechien liege unter jenem von Österreich.

Somit sind dem Berufungssenat die wirtschaftlichen Verhältnisse und die Sorgepflichten des Bw. auf Grund seines Fernbleibens bei den mündlichen Verhandlungen vor der Finanzstrafbehörde erster und zweiter Instanz nicht bekannt. Eine dem Bw. mit dem Hinweis auf das VwGH-Erkenntnis 95/15/0002 offensichtlich vorschwebende Strafhöhe von 11 % der möglichen Höchststrafe kann aber nicht allein mit dem Hinweis auf das niedrige Einkommensniveau in Tschechien begründet werden, weil die Bemessung der Strafe von den Umständen des Einzelfalles und nicht vom staatlichen Durchschnittseinkommen abhängt.

Bei der Strafbemessung ist daher zunächst auf Grund der Aktenlage die finanzstrafrechtliche Unbescholteneit des Bw. als mildernd zu werten. Erschwerungsgründe liegen keine vor.

Unter Bedachtnahme auf die oben angeführten Strafzumessungsgründe sowie der vom Berufungssenat ebenfalls zu beachtenden Spezial- und Generalprävention wird im vorliegenden Fall die Verhängung einer Geldstrafe in der Höhe von 9.000,00 € als angemessen erachtet.

Die Herabsetzung der Geldstrafe auf ein Ausmaß von ca. 24 % des anfangs erwähnten Strafrahmens berücksichtigt, dass der wirtschaftliche Schaden des Schmuggels nicht die EU, sondern Kroatien getroffen hätte. Allerdings wurde die Schmuggelfahrt überlegt und zielgerichtet mit hoher krimineller Energie vorbereitet (Leihwagen, Wochenendfahrt, Bekannter als Fahrer), sodass spezialpräventiven Aspekten im vorliegenden Fall große Bedeutung zukommt. Auch wenn Tschechien nunmehr Mitglied der EU ist, ist die Geschäftsverbindung des Bw. mit seinem Bruder in einem Nicht-EU-Land aufrecht und ist diesbezüglichen weiteren zollrechtlichen Malversationen vorzubeugen.

Das in der Berufung zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 20.3.1997, 95/15/0002, kann angesichts des gänzlich konträren Sachverhaltes sowohl hinsichtlich der Tat (Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 2 lit. a und Finanzordnungswidrigkeit nach § 49 Abs. 1

lit. a FinStrG) als auch der Täterin („vorbildliche Steuerzahlerin, die in Folge des Golfkrieges mit unvorhergesehenen betrieblichen Umsatzeinbußen und einem zeitgleich positiven Krebsbefund zu kämpfen hatte) auf den vorliegenden Sachverhalt keine Anwendung finden.

Die Ersatzfreiheitsstrafe war im Hinblick auf obige Überlegungen mit vier Wochen neu zu bemessen.

Hinsichtlich der Strafe des Verfalls bzw. zur Höhe der Wertersatzstrafe ist auszuführen:

Stünde gemäß § 17 Abs. 6 FinStrG der Verfall zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so tritt an die Stelle des Verfalls nach Maßgabe des § 19 die Strafe des Wertersatzes. ...

Der Bw. ist unbestritten Eigentümer des von der Finanzstrafbehörde erster Instanz für verfallen erklärten Schmuckes. Die Unverhältnismäßigkeit des Verfalls richtet sich nicht nach einem starren Wertverhältnis, sondern nach den objektiven („Bedeutung der Tat“) und subjektiven („den Täter treffenden Vorwurf“) Verhältnissen des Einzelfalles. Der Verfall ist bereits dann ausgeschlossen, wenn sich auf Grund der Prüfung hinsichtlich eines Elementes eine Unverhältnismäßigkeit ergibt. Da im vorliegenden Fall die Ware nicht in den Wirtschaftsraum der EU eingeschmuggelt werden sollte, erachtet der Berufungssenat, dass ein Verfall des Schmuckes zur Bedeutung der Tat („Durchfuhrschmugel“) außer Verhältnis steht, weshalb nach Maßgabe des § 19 Abs. 1 lit. c FinStrG auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen ist.

Gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG entspricht die Höhe des Wertersatzes dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten; ist dieser Zeitpunkt nicht feststellbar, so ist der Zeitpunkt der Aufdeckung des Finanzvergehens maßgebend. Soweit der Wert nicht ermittelt werden kann, ist auf Zahlung eines den vermutlichen Wert entsprechenden Wertersatzes zu erkennen.

Gemäß § 19 Abs. 4 FinStrG ist der Wertersatz 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 gemäß Abs. 5 leg.cit. 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 gemäß Abs. 6 leg.cit. der Wertersatz aufzuteilen oder ist vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen, so sind hiefür die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23) anzuwenden.

Der gemeine Wert der Waren beträgt 97.135,56 € (Zollwert der Waren 78.972,00 € zuzüglich Eingangsabgaben von 18.163,56 €). Dieser Betrag wäre dem Bw. und MB je zur Hälfte (48.567,78 €) aufzuerlegen. Mit der Festsetzung der Wertersatzstrafe in der Höhe von 12.000,00 € hat der Berufungssenat die Wertersatzstrafe sowohl anteilig festgesetzt als auch die bereits bei der Festsetzung der Geldstrafe berücksichtigten Strafzumessungsgründe angewandt und von der Auferlegung des Wertersatzes teilweise abgesehen.

Die für die Wertersatzstrafe zu verhängende Ersatzfreiheitsstrafe wurde mit fünf Wochen bestimmt.

Der erstinstanzliche Schulterspruch war hinsichtlich des Tatzeitpunktes zu korrigieren, weil die Tat am 8. März 2003 und nicht am 8. März 2004 verübt wurde.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Graz, am 10. Oktober 2006