



**UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT**

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat (Wien) 7

GZ. FSRV/0051-W/08

## **Berufungsentscheidung**

Der Finanzstrafsenat Wien 7 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Josef Lovranich sowie die Laienbeisitzer Reinhold Haring und Mag. Christian Schmall als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen A., wegen des Finanzvergehens der Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 51 Abs. 1 lit. f des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Amtsbeauftragten des Zollamtes X. als Finanzstrafbehörde I. Instanz vom 30. Juni 2004 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt X. als Organ des Zollamtes X. vom 13. Mai 2004, Zahl a., Spr.Sen.L.Nr.b., im fortgesetzten Verfahren nach Aufhebung der Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 22. März 2005, GZ. c. durch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Februar 2008, Zl. d. wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes nach der am 16. Oktober 2008 in Abwesenheit des Beschuldigten und in Anwesenheit seines Verteidigers, des Amtsbeauftragten sowie der Schriftührerin Diana Engelmaier durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird stattgegeben und der angefochtene Bescheid in seinem Ausspruch über Schuld und Strafe sowie über die Verfahrenskosten wie folgt abgeändert:

A. ist schuldig, er hat am 20. November 2003 anlässlich seiner Einreise aus der Schweiz kommend in das Zollgebiet der Gemeinschaft beim Zollamt Flughafen Wien am Flughafen Wien Schwechat vorsätzlich eine eingangsabgabepflichtige Ware, nämlich einen Damenring

(bestehend aus 18 Karat Weißgold, 1 Stück Saphir und 40 Stück Diamanten im (Zoll-)Wert von CHF 37.665,00 (das sind € 24.243,69), auf welche Eingangsabgaben in Höhe von € 5.576,05 (Zoll € 606,09 und Einfuhrumsatzsteuer € 4.979,96) lasteten, durch Überschreiten des grünen Ausgangs „anmeldefreie Waren“ vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbracht. Er hat dadurch das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen.

Gemäß § 35 Abs. 4 FinStrG wird über ihn eine Geldstrafe in Höhe von € 2.000,00 (zweitausend) verhängt. Gemäß § 20 FinStrG wird die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe an deren Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe mit 2 (zwei) Tagen festgesetzt.

Gemäß § 19 Abs. 1 lit. b, Abs. 5 und 6 FinStrG wird über A. anstelle des Verfalles des Tatgegenstandes, dessen gemeiner Wert sich im Tatzeitpunkt mit € 32.801,71 errechnete, eine teilweise Wertersatzstrafe in Höhe von € 5.900,00 (fünftausenneunhundert) 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 A. die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von € 200,00 (zweihundert) und die Kosten eines allfälligen Strafvollzuges zu ersetzen.

## **Entscheidungsgründe**

Der Spruchsenat beim Zollamt X. als Finanzstrafbehörde erster Instanz erkannte den Beschuldigten A. (Besch.) am 13. Mai 2004 zur Zahl a, Spr.L.Nr. b., der Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs. 1 lit. f FinStrG für schuldig. Er habe am 20. November 2003 in Wien seine zollrechtliche Gestellungspflicht hinsichtlich eines Damenringes aus 18 Karat Weißgold, 1 Stück Saphir und 40 Stück Diamanten, (vorsätzlich) verletzt.

Der Spruchsenat verhängte über ihn eine Geldstrafe von € 1.000,00 und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einem Tag. Gemäß § 185 FinStrG wurden die Kosten des Finanzstrafverfahrens mit € 100,00 festgesetzt.

Dagegen er hob der Amtsbeauftragte des Zollamtes X. das Rechtsmittel der Berufung und führte aus:

Wie aus dem Akteninhalt ersichtlich habe der Besch. am 19. November 2003 in Zürich einen Ring um CHF 37.665,00 gekauft. Anlässlich des Kaufes sei dem Besch. laut Rechnung die Schweizer Mehrwertsteuer bereits abgezogen worden. Am 20. November 2003 sei der Besch.

aus Zürich kommend über dem Flughafen Wien in das Zollgebiet eingereist. Obwohl A. von den Schweizer Zollbehörden anlässlich seiner Ausreise darauf hingewiesen worden sei, den Ring bei der Einreise nach Österreich beim österreichischen Zoll anzumelden, habe er den so genannten Grünkanal benutzt. Die anschließend gestellte Frage des Zollbeamten, ob er Waren in der Schweiz gekauft habe, habe A. ausdrücklich verneint.

Erst nach nochmaliger, gezielter Befragung nach dem gegenständlichen Ring und nachdem sein Reisegepäck durchsucht worden war, habe der Besch. den Tatgegenstand herausgegeben. In seinem Erkenntnis vom 13. Mai 2004 habe der Spruchsenat richtigerweise festgestellt, dass dem Besch. die Bedeutung des Grünkanals bekannt war und er auch verhalten war den Ring bei der Einreise unaufgefordert vorzuweisen. Dem Spruchsenat könne aber nach Ansicht des Amtsbeauftragten nicht gefolgt werden, der erkannt habe, es läge nicht das Finanzvergehen des Schmuggels sondern lediglich das Finanzvergehen der Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs. 1 lit. f FinStrG vor, weil der Besch. nicht die Absicht gehabt habe, den als Geschenk für seine Frau gedachten Ring dauerhaft in Österreich zu belassen. Begründet werde dies vom Spruchsenat unter anderem auch mit der aus seiner Sicht glaubwürdigen Meinung des Besch. (s. Erkenntnis, S. 3, 3. Absatz), er habe in Österreich keine Abgabenpflicht zu tätigen. Daraus habe der Spruchsenat offensichtlich die Schlussfolgerung gezogen, dass der festgestellte Vorsatz demnach nicht auf einen Schmuggel gerichtet gewesen sei, sondern der Besch. nur den Tatbestand einer Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs. 1 lit. f FinStrG erfüllt habe.

Dieser Ansicht sei - nach den Ausführungen des Amtsbeauftragten in seiner Berufung - entgegenzuhalten, dass in (zoll-)rechtlicher Hinsicht auf Grund des Wertes des eingeführten Ringes keinesfalls die Voraussetzungen für die Abgabe einer Zollanmeldung durch eine andere Form der Willensäußerung im Sinne der Art. 230 bis 232 ZK-DVO vorlagen. Insbesondere lägen nicht die Voraussetzungen des Artikels 232 Abs. 1 Buchstabe a ZK-DVO vor, sondern der Ring hätte unter Benützung des Rotkanals zunächst jedenfalls gestellt und anschließend im Sinne des Art. 225 ZK-DVO zumindest mündlich angemeldet werden müssen. Die Wohnsitzverhältnisse des Besch. seien bei diesem Vorgang irrelevant, da das Zollrecht gerade für Waren mit einem derartigen Wert, welche wie im vorliegenden Fall möglicherweise nur vorübergehend in das Zollgebiet verbracht werden, jedenfalls gestellt werden müssten um zu verhindern, dass sie dauerhaft im Zollgebiet verbleiben. Dafür sei das Zollverfahren der vorübergehenden Verwendung vorgesehen. Um die Zollbehörde in die Lage zu versetzen, die allfälligen Voraussetzungen dafür zu überprüfen, müsse die Ware jedenfalls gestellt werden. Dazu sei es jedoch im gegenständlichen Fall gar nicht gekommen, da der Besch. zu Unrecht den Grünkanal benutzt habe. Daher sei die Ware im Sinne des Art. 234 Abs. 2 ZK-DVO

vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbracht worden und dadurch die Zollschuld nach Art. 202 ZK entstanden.

Der Tatbestand des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 FinStrG sei daher in objektiver Hinsicht erfüllt worden.

Auch in subjektiver Hinsicht sei der Tatbestand des Schmuggels nach Ansicht des Amtsbeauftragten erfüllt. Wie aus dem bekämpften Erkenntnis auf Seite 2, 2. Absatz, ersichtlich, und wie einleitend ausgeführt sei, sei der Besch. bereits durch die Schweizer Zollbehörden darauf aufmerksam gemacht worden, dass der Ring bei der Einreise nach Österreich anzumelden ist. Er habe daher bereits zu diesem Zeitpunkt gewusst, dass ihn zollrechtliche Pflichten treffen. Dennoch habe er dies ignoriert und, offensichtlich in der Absicht jeglicher Abgabenpflicht zu entgehen, den ihm in seiner Funktion bekannten Grünkanal benutzt. Sein weiteres Verhalten gegenüber dem österreichischen Zollorgan könne nur so gewertet werden, dass der Besch. beabsichtigt habe, die gekaufte Ware illegal in das Zollgebiet der Gemeinschaft zu verbringen. Die vom Besch. veranlasste nachträgliche Stornierung der Schweizer Mehrwertsteuer könne in diesem Zusammenhang nur als Versuch gewertet werden, einer möglichen strafrechtlichen Verfolgung durch die Schweizer Zollbehörden zu entgehen, jedoch könne dieser Umstand keinesfalls am vorsätzlichen Handeln des Besch. gegenüber den österreichischen Zollbehörden etwas ändern. Angesicht dieses Verhaltens des Besch. sei nach Ansicht des Zollamtes Wien als Finanzstrafbehörde 1. Instanz der Tatbestand des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 FinstrG auch in subjektiver Hinsicht erfüllt. Zu seinem immer wieder geltend gemachten schlechten Gesundheitszustand sei zu bemerken, dass der Spruchsenat richtigerweise festgestellt habe, dass der Besch. zum Tatzeitpunkt zurechnungsfähig gewesen sei. Jedenfalls sei dieser Zustand nicht derart gravierend gewesen, dass zum Zeitpunkt der Amtshandlung - wie dem Besch. dies von den Zollbeamten angeboten worden sei – ein Arzt zuzuziehen gewesen sei. Der Besch. selbst habe gebeten davon Abstand zu nehmen (s. AS 16, 3. Absatz).

Der Amtsbeauftragte beantragte

- 1.) das Erkenntnis des Spruchsenates vom 13. Mai 2004 wegen unrichtiger rechtlicher Beurteilung aus den dargestellten Gründen aufzuheben und
- 2.) im Sinne der Berufungsausführungen und seiner Stellungnahme vom 12. März 2004 (Bestrafung des Besch. wegen Schmuggels nach § 35 Abs. 1 FinstrG) in der Sache zu entscheiden.

Der Unabhängige Finanzsenat hat in der Berufungsentscheidung vom 8. März 2005, GZ. c., die Berufung des Amtsbeauftragten als unbegründet abgewiesen, das angefochtene Erkenntnis des Spruchsenates aufgehoben und das Finanzstrafverfahren gegen den Besch.

gem. §§ 157, 136 iVm 82 Abs. 3 lit. b FinStrG eingestellt, weil die Tat seiner Ansicht nach kein Finanzvergehen bildete. Der Besch. sei als Reisender iSd Art. 236 Buchstabe A Nr. 1 ZK-DVO einzustufen. Der verfahrensgegenständliche Ring sei als persönlicher Gebrauchsgegenstand des Besch. zu qualifizieren gewesen und habe den Umständen der Reise entsprochen. Der Ring sei bei der Einreise vollständig von den Eingangsabgaben befreit gewesen und zu Recht mit Betreten des Grünkanals des Flughafens Wien durch den Besch. konkludent zum Verfahren der vorübergehenden Verwendung angemeldet worden. Der Besch. habe sohin weder den Ring als eine eingangsabgabepflichtige Ware vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbracht noch eine solche Ware der zollamtlichen Überwachung entzogen. Es liege auch keine vorsätzliche Gestellungsverletzung nach § 51 Abs. 1 lit. f FinstrG vor, weil der eingangsabgabefreie Ring bei Betreten des Amtsplatzes des Zollamtes Flughafen Wien durch den Besch. nicht versteckt und Zollpersonal zur Entgegennahme der schlüssigen Gestellungserklärung dort nicht nur anwesend gewesen sei, sondern diese Beamten vom Ring nach der Information durch die Schweizer Kollegen sogar gewusst hätten. Es sei daher von einer schlüssigen Gestellungsmittelung bzw. Stellung auszugehen. Selbst wenn man aber von einer fehlenden Gestellungsmittelung bzw. Stellung ausgehen wollte, würde der Art. 234 Abs. 1 ZK-DVO eine Gestellung des eingangsabgabefreien Ringes fingieren.

Der Amtsbeauftragte des Zollamtes X. er hob gegen diese Berufungsentscheidung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof.

Der Verwaltungsgerichtshof hob in seinem Erkenntnis vom 28. Februar 2008, Zl. d. , die Berufungsentscheidung vom 8. März 2005 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf.

Über die Berufung des Amtsbeauftragten des Zollamtes X. vom 30. Juni 2004 hatte der Unabhängige Finanzsenat nach Durchführung einer weiteren Berufungsverhandlung neuerlich zu entscheiden.

Im Zuge der mündlichen Berufungsverhandlung führte der Verteidiger des Beschuldigten im wesentlichen ins Treffen, hinsichtlich der Verletzung der Gestellungspflicht bei der Einreise in das Zollgebiet sei der Beschuldigte einem nicht entschuldbaren Rechtsirrtum unterlegen und habe daher nicht Vorsatz sondern nur Fahrlässigkeit zu verantworten, weil er den Ring nicht im Zollgebiet belassen sondern nach seinem Aufenthalt im Zollgebiet wieder in die Schweiz zurückbringen wollte.

***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Der Verwaltungsgerichtshof hat in den Erwägungsgründen seines Erkenntnisses, mit welchem die Berufungsentscheidung des Unabhängigen Finanzsenates vom 8. März 2005 wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben wurde, u.a. wie folgt ausgeführt:

*„Gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich des Schmuggels schuldig, wer u.a. 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 Art. 137 Zollkodex (ZK) können im Verfahren der vorübergehenden Verwendung Nichtgemeinschaftswaren, die zur Wiederausfuhr bestimmt sind, ohne dass sie, abgesehen von der normalen Wertminderung auf Grund des von ihnen gemachten Gebrauchs, Veränderungen erfahren hätten, unter vollständiger oder teilweiser Befreiung von den Einfuhrabgaben, und ohne dass sie handelspolitischen Maßnahmen unterliegen, im Zollgebiet der Gemeinschaft verwendet werden.“*

*„Gemäß Art. 563 Zollkodex-Durchführungsverordnung (ZK-DVO) wird die vollständige Befreiung von den Einfuhrabgaben für den Umständen der Reise entsprechende persönliche Gebrauchsgegenstände bewilligt, die durch einen Reisenden im Sinne des Art. 236 Buchstabe A Nr. 1 eingeführt werden.“*

*„Gemäß Art. 232 Abs. 1 Buchstabe a ZK-DVO können Zollanmeldungen zur vorübergehenden Verwendung für persönliche Gebrauchsgegenstände, die von Reisenden gemäß Art. 563 eingeführt werden, durch eine Willensäußerung im Sinne des Art. 232 nach Maßgabe des Art. 579 abgegeben werden, sofern sie nicht schriftlich angemeldet werden.“*

*„Werden gemäß Art. 579 ZK-DVO persönliche Gebrauchsgegenstände mündlich oder durch eine Willensäußerung in anderer Form zur Überführung in das Verfahren angemeldet, so können die Zollbehörden eine schriftliche Zollanmeldung verlangen, sofern ein hoher Einfuhrabgabenbetrag auf dem Spiel steht oder ein ernsthaftes Risiko der Nichterfüllung von Verfahrenspflichten besteht.“*

*„Gemäß Art. 233 Abs. 1 Buchstabe a erster Anstrich ZK-DVO kann im Sinne der Art. 230 bis 232 die als Zollanmeldung geltende Willensäußerung bei Befördern der Waren bis zu einer Zollstelle oder einem anderen nach Art. 38 Abs. 1 Buchstabe a des Zollkodex bezeichneten oder zugelassenen Ort durch Benutzen des grünen Ausgangs „anmeldefreie Waren“ abgegeben werden, sofern bei der betreffenden Zollstelle getrennte Kontrollausgänge vorhanden sind.“*

*„Sind gemäß Art. 234 Abs. 1 ZK-DVO die Voraussetzungen der Art. 230 bis 232 erfüllt, so gelten die betreffenden Waren als im Sinne des Art. 63 des Zollkodex gestellt, die Zollanmeldung als angenommen und die Waren als überlassen, sobald die Willensäußerung im Sinne des Art. 233 erfolgt ist.“*

*„Ergibt sich gemäß Art. 234 Abs. 2 ZK-DVO bei einer Kontrolle, dass die Willensäußerung im Sinne des Art. 233 erfolgt ist, ohne dass die verbrachten oder ausgeführten Waren die Voraussetzungen der Art. 230 bis 232 erfüllen, so gelten diese Waren als vorschriftswidrig verbracht oder ausgeführt.“*

*„Gemäß Art. 236 Buchstabe A Nr. 1 ZK-DVO gilt bei der Einfuhr als „Reisender“ eine Person, die vorübergehend in das Zollgebiet der Gemeinschaft gelangt, wo sie nicht ihren gewöhnlichen Wohnsitz hat.“*

*„Gewöhnlicher Wohnsitz ist der Ort, zu dem eine Person regelmäßig zurückkehrt, weil dort der Mittelpunkt der Lebensinteressen liegt, insbesondere also berufliche und persönliche Bindungen bestehen (Witte, Zollkodex, Rz 16 zu Anh 1).“*

*Im Beschwerdefall gehen die Parteien übereinstimmend davon aus, dass es sich bei dem Mitbeteiligten (Anmerkung: dem Beschuldigten) um einen Reisenden iSd Art. 236 ZK-DVO handelt, weil dieser seinen gewöhnlichen Wohnsitz in der Schweiz hat, und der Mitbeteiligte (der Beschuldigte) auch bezüglich des Ringes das Zollverfahren der vorübergehenden Verwendung in Anspruch nehmen wollte. Strittig ist ausschließlich, ob in Bezug auf den mitgeführten Damenring die konkludente Zollanmeldung durch Betreten des Grünkanals zulässig war.*

*Art. 232 Abs. 1 ZK-DVO erlaubt die Zollanmelder zur vorübergehenden Verwendung durch Benutzen des grünen Ausgangs „anmeldefreie Waren“, sofern es sich um persönliche Gebrauchsgegenstände handelt, die von Reisenden gemäß Art. 563 ZK-DVO eingeführt werden.*

*Art. 563 ZK-DVO sieht die vollständige Befreiung von den Einfuhrabgaben für den Umständen der Reise entsprechende persönliche Gebrauchsgegenstände vor.*

*Die Abgabenfreiheit des Art. 563 ZK-DVO hat ihre Grundlage im Istanbuler Übereinkommen vom 26. Juni 1990. Gemäß dessen Art. 2 ist jede Vertragspartei verpflichtet, die in den Anlagen aufgeführten Waren nach den Bestimmungen dieses Übereinkommens zur vorübergehenden Verwendung zuzulassen (Abs. 1). Unbeschadet der Bestimmungen der Anlage E wird die vorübergehende Verwendung unter vollständiger Aussetzung der Eingangsabgaben und frei von Einfuhrverboten und –beschränkungen wirtschaftlicher Art (Abs. 2) gewährt. Art. 2 der Anlage B.6 des Istanbuler Übereinkommens sieht u.a. vor, dass persönliche Gebrauchsgegenstände zur vorübergehenden Verwendung zugelassen werden. Als persönliche Gebrauchsgegenstände gelten nach Abs. 1 Buchstabe b der Anlage B.6 alle neuen und gebrauchten Gegenstände, die ein Reisender unter Berücksichtigung aller Umstände auf seiner Reise in angemessenem Umfang zum persönlichen Gebrauch benötigt, jedoch ohne die zu Handelszwecken eingeführten Waren. Eine „Erläuternde Liste“ der persönlichen Gebrauchsgegenstände ist in Anhang I zur Anlage B.6 enthalten. Darin enthalten ist u.a. „persönlicher Schmuck“ (Z 3) und „andere offensichtlich persönliche Gegenstände“ (Z 20).*

*Daraus wird deutlich, dass es sich bei den persönlichen Gebrauchsgegenständen um Waren handelt, die der Reisende im Zusammenhang mit seiner Reise für sich benötigt. Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid jedoch keine Feststellung getroffen, aus denen sich ergäbe, dass der Mitbeteiligte (der Beschuldigte) den Damenring während seiner Reise oder für den Aufenthalt in Österreich persönlich benötigt hätte. Allein der Umstand, dass der Mitbeteiligte (der Beschuldigte) beabsichtigte, den Ring einige Wochen später seiner in der Schweiz lebenden Ehegattin zu schenken, vermag keinen solchen Zusammenhang herzustellen. Geschenke werden in der Anlage B.6 auch nicht erwähnt. Eine allfällig bezeichnete Mehrwertsteuerersparnis in der Schweiz vermag ebenfalls noch keinen persönlichen Gebrauch des Ringes zu begründen.*

*Soweit die belangte Behörde vermeint, sich auf die ZollbefreiungsVO stützen zu können, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten:*

*Anders als Art. 563 ZK-DVO, welcher eine vollständige Abgabenbefreiung bei Einfuhren in das Zollgebiet im Rahmen der vorübergehenden Verwendung vorsieht, findet die ZollbefreiungsVO bei der Überführung von Waren in den zollrechtlich freien Verkehr (vgl. Art. 1 ZollbefreiungsVO) Anwendung. Nach dem zweiten Erwägungsgrund der ZollbefreiungsVO ist bei der Einfuhr von Waren eine Abgabenerhebung unter bestimmten Umständen nicht gerechtfertigt, wenn zB die besonderen Bedingungen der Einfuhr keine Anwendung der üblichen Maßnahmen zum Schutz der Wirtschaft erfordern. Als solcher wird in Art. 45 Abs. 1 ZollbefreiungsVO die Einfuhr von Waren im persönlichen Gepäck von Reisenden anerkannt. Die besonderen Bedingungen, unter denen bei Vorliegen der anerkannten Umstände Einfuhrabgabenfreiheit gewährt wird, sind in Art. 45 Abs. 2 und Art. 46 ZollbefreiungsVO (vgl. Schwarz/Wockenföth, Zollrecht, Bd 1/2, Rz 45 zu Art. 184) sowie Art. 47 ZollbefreiungsVO geregelt. Es muss sich also um Einfuhren ohne kommerziellen Charakter von Waren im persönlichen Gepäck von Reisenden handeln und es sind überdies mengenmäßige oder*

wertmäßige Beschränkungen zu beachten. Dadurch wird zum Schutz der Wirtschaft die Einfuhrabgabenfreiheit auf bestimmte Mengen und bestimmte Wertgrenzen beschränkt. Im Umkehrschluss heißt das, dass bei Überschreiten der genannten Grenzen eine Abgabenerhebung zum Schutz der Wirtschaft als erforderlich angesehen wird. In Art. 45 Abs. 2 Buchstabe b ZollbefreiungsVO sind als Einführen ohne kommerziellen Charakter ausdrücklich auch Waren, die ‚als Geschenk bestimmt sind‘ angeführt, allerdings zwingend unter Beachtung der mengen- und wertmäßigen Beschränkungen der Art. 46 und 47 (€ 175,00) ZollbefreiungsVO.

Den Bestimmungen der ZK-DVO über die Einfuhr persönlicher Gebrauchsgegenstände von Reisenden zur vorübergehenden Verwendung sind auf Grund der unterschiedlichen Zielrichtungen der genannten Bestimmungen solche Überlegungen, insbesondere wert- und mengenmäßige Beschränkungen, fremd. Dazu kommt, dass – obwohl im Zeitpunkt der Erlassung der ZK-DVO die ZollbefreiungsVO bereits bestanden hat – weder die Tatbestände der Befreiungen iZm Reisenden noch die Terminologie einheitlich gefasst wurden. Vielmehr dienten die gegenständlichen Bestimmungen der ZK-DVO dazu, das nach Erlassung der ZollbefreiungsVO geschlossene Istanbuler Übereinkommen umzusetzen.

Die belangte Behörde ist zusammengefasst vom Sachverhalt ausgegangen, dass der Mitbeteiligte (der Beschuldigte) den in Rede stehenden Damenring in der Schweiz vor seiner Einreise ins Zollgebiet gekauft und als Geschenk verpackt bei seiner Einreise ins Zollgebiet mitgeführt hat, um ihn nach seiner Wiederausreise dann in der Schweiz seiner Gattin zum bevorstehenden Weihnachtsfest zu schenken. Vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage erweist sich der von der belangten Behörde gezogene Schluss, bei dem in Rede stehenden Ring handle es sich um einen den Umständen der Reise entsprechenden Gebrauchsgegenstand iSd Art. 563 ZK-DVO und damit um einen persönlichen Gebrauchsgegenstand iSd Art. 232 Abs. 1 Buchstabe a ZK-DVO als rechtswidrig.“

Der Berufungssenat hatte im fortgesetzten Berufungsverfahren von keinem anderen Sachverhalt auszugehen wie dem, der der aufgehobenen Berufungsentscheidung vom 8. März 2005 zugrunde gelegt wurde. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Besch. den Damenring während seiner Reise oder für den Aufenthalt in Österreich persönlich benötigt hätte.

Wie der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis ausgeführt hat, erfüllte der verfahrensgegenständliche Damenring nicht die Voraussetzungen der Art. 230 bis 232 ZK-DVO. Die Zollkontrolle ergab demnach gemäß Art. 234 Abs. 2 ZK-DVO, dass die Willensäußerung des Besch. bei seiner Einreise in das Zollgebiet im Sinne des Art. 233 ZK-DVO erfolgt ist, ohne dass der verbrachte Damenring die Voraussetzungen der Art. 230 bis 232 erfüllte. Der eingangsabgabepflichtige Damenring galt somit als vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht.

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 § 35 Abs. 4 FinStrG wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des

auf die Ware entfallenden Abgabenbetrages ..... geahndet. ..... Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 FinStrG zu erkennen.

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.

Gemäß § 17 Abs. 2 lit. a FinstrG unterliegen dem Verfall die Sachen, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde, samt Umschließungen.

Gemäß Abs. 3 leg.cit. sind die in Abs. 2 genannten Gegenstände 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 zu erkennen, wenn diesen Personen 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 § 17 Abs. 6 erster Satz FinstrG tritt an die Stelle des Verfalls nach Maßgabe des § 19 die Strafe des Wertersatzes, stünde der Verfall zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis.

Gemäß § 19 Abs. 1 FinStrG ist statt auf Verfall auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, a) wenn im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, dass der Verfall unvollziehbar wäre, b) wenn auf Verfall nur deshalb nicht erkannt wird, weil das Eigentumsrecht einer anderen Person berücksichtigt wird, c) in den Fällen des § 17 Abs. 6 erster Satz.

Gemäß § 19 Abs. 3 FinstrG erster Satz entspricht die Höhe des Wertersatzes dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten.

Stünde der Wertersatz (Abs. 3) ..... zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so ist gemäß § 19 Abs. 5 FinStrG von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen.

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

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

Gemäß Abs. 2 leg.cit. sind bei der 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. Gemäß § 23 Abs. 3 FinStrG sind bei der Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Ein besonderer Milderungsgrunde ist u.a. gemäß § 34 Abs. 1 Z. 11 StGB der Umstand, dass der Täter die Tat unter Umständen begangen hat, die einem Schuldausschließungs- oder Rechtfertigungsgrund nahe kommen.

Gemäß § 51 Abs. 1 lit. f FinStrG macht sich einer Finanzordnungswidrigkeit schuldig, wer, ohne hierdurch den Tatbestand eines anderen Finanzvergehens zu erfüllen, vorsätzlich eine zollrechtliche Gestellungspflicht verletzt.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt folgender unbestritten Sachverhalt zugrunde:

Am 20. November 2003 reiste der Besch. von Zürich kommend über den Flughafen Wien Schwechat in das Zollgebiet der Gemeinschaft ein. Die Schweizer Zollverwaltung hatte das österreichische Eintrittszollamt im Wege der Amtshilfe davon verständigt, dass der Besch. den verfahrensgegenständlichen Damenring zur definitiven Ausfuhr aus der Schweiz deklariert hatte. Bereits die Schweizer Zollorgane hegten den Verdacht, der Besch. werde den Ring in Österreich keiner Zollbehandlung zuführen, weil der Ring in einer Schmuckgeschenksschachtel verpackt war. Das Schweizer Zollorgan machte den Besch. anlässlich der Ausfuhrabfertigung darauf aufmerksam, den Ring bei seiner Einreise in Österreich bei der Zollbehörde anzumelden.

Der Besch. wählte jedoch bei seiner Ankunft am Flughafen Wien Schwechat den so genannten Grünkanal und unterließ eine spontane Zollanmeldung. Bevor er den Grünkanal verlassen hatte, wurde der Besch. einer Zollkontrolle zugeführt. Die Befragung nach mitgeführten eingangsabgabepflichtigen Waren verneinte der Besch., worauf sein Handgepäck untersucht wurde. Erst als er direkt auf den in der Schweiz erworbenen Ring angesprochen wurde, übergab der Besch. den Ring, der sich in seiner Jackentasche befunden hatte, dem Kontrollorgan. Bereits während seiner ersten Befragung bei der Aufnahme der Tatbeschreibung beim Zollamt Flughafen Wien erklärte der Besch., sein Hauptwohnsitz liege in der Schweiz, den gegenständlichen Ring habe er in Zürich käuflich erworben und er habe ihn nur vorübergehend nach Österreich mitnehmen wollen, um ihn seiner Frau in der Schweiz anlässlich des bevorstehenden Weihnachtsfestes als Geschenk zu übergeben. Er erkannte es als Fehler, bei der Schweizer Zollbehörde anlässlich der Ausreise die Vergütung der Mehrwertsteuer beantragt zu haben. In der fortgesetzten Beschuldigtenvernehmung am 20. November 2003 ergänzte er hierzu, er habe beim Ankauf des Ringes einen Rabatt erwirken wollen. Dabei sei er auf die Mehrwertsteuerrückvergütung bei der Ausfuhr des Ringes aufmerksam gemacht worden.

Im Zuge der Eingangskontrolle wies der Besch. gegenüber den Zollorganen auf seine

gesundheitlichen Probleme in Form von Herzbeschwerden hin. Wegen dieser müsse er eine Vielzahl an Medikamenten einnehmen. Beim Verlassen des Flugzeuges in Schwechat habe er einen Druck in der Herzgegend verspürt, Angstzustände bekommen und sei nur noch bestrebt gewesen, so schnell wie möglich nach Hause zu kommen, weshalb er den Grünkanal gewählt habe. Nach der Aktenlage bot das Zollorgan dem Besch. die Beziehung eines Arztes an, was vom Besch. zunächst abgewiesen wurde. In weiterer Folge beim Verlassen des Amtsplatzes verschlimmerte sich der Gesundheitszustand des Besch., weshalb der Dienst habende Flughafenarzt verständigt und beigezogen wurde. Zufolge der Angaben in der Bezug habenden Ambulanzkarte diagnostizierte der Arzt beim Besch. wieimBefund.

Der anlässlich der Betretung beim Zollamt Flughafen Wien am 20. November 2003 zur Sicherung des Verfalles und als Beweismittel beschlagnahmte Tatgegenstand wurde ihm am 17. Dezember 2003 gegen Erlag eines Wertbetrages von € 24.243,69 wieder ausgefolgt. In der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat beim Zollamt X. als Finanzstrafbehörde erster Instanz am 13. Mai 2004 wiederholte der Besch. im Wesentlichen seine Verantwortung und ergänzte, dass ihm die Bedeutung des Rot- und Grünkanals (auf Flughäfen) an sich geläufig sei. Es sei geplant gewesen, den Ring seiner Frau in der Schweiz zu Weihnachten zu schenken. Weihnachten sollte wie immer in der Schweiz verbracht werden. Seine Frau trage den Ring auch.

Auf Grund des Erkenntnisses des Verwaltungsgerichtshofes vom 28. Februar 2008 hatte der Berufungssenat davon auszugehen, dass der verfahrensgegenständliche Damenring nicht die Voraussetzungen der Art. 230 bis 232 ZK-DVO erfüllte. Die Zollkontrolle ergab demnach gemäß Art. 234 Abs. 2 ZK-DVO, dass die Willensäußerung des Besch. bei seiner Einreise in das Zollgebiet im Sinne des Art. 233 ZK-DVO erfolgt ist, ohne dass der verbrachte Damenring die Voraussetzungen der Art. 230 bis 232 ZK-DVO erfüllte. Der gegenständliche Damenring war daher eingangsabgabenpflichtig und wurde somit vom Besch. vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht. Das Verhalten des Besch. war ausschließlich an den Tatbestandsmerkmalen des § 35 Abs. 1 FinStrG zu messen. Es kam nicht darauf an, ob die Tathandlung zum Vorteil des Besch. erfolgte. Das Motiv der Tat musste nicht in der Erlangung eines materiellen Vorteils gelegen sein. Als Beispiel eines derartigen Motivs erwähnt der VwGH in seinem Erkenntnis vom 31.1.1985, Zl. 84/16/0172, die mit einer Nichtgestellung im Regelfall verbundene Zeitersparnis. Eine solche strebte der Besch. offensichtlich an, wenn er letztlich die Unterlassung der Gestellung (die Benützung des Grünkanals) mit seiner angegriffenen Gesundheit und dem Bemühen rechtfertigte, so schnell wie möglich nach Hause zu gelangen. Nach § 37 ZollR-DG hat die in der vorgeschriebenen Form gebotene Gestellung mündlich, schriftlich oder durch Vorlage von Begleitpapieren zu geschehen. Die Ausnahme für

abgabefreie Waren, die nach der rechtlichen Fiktion des Art. 234 Abs. 1 ZK-DVO in bestimmten Fällen der schlüssigen Anmeldung als gestellt gelten, konnte der Besch. - wie der Verwaltungsgerichtshof festgestellt hat – zulässigerweise nicht ansprechen.

Die Pflicht, eingeführte Waren zu gestellen, verletzt, wer an der Zollstelle zum Ausdruck bringt, dass er keine gestellungspflichtigen Waren einführt. Den Bestimmungen über die Gestellung handelt zuwider, wer auf dem Amtsplatz dem überwachenden Organwalter der Zollstelle die mitgeführten Waren nicht unverzüglich von sich aus vorführt (VwGH, 6.12.1990, 90/16/0031). Wenn - wie im vorliegenden Fall - nebeneinander ein entsprechend gekennzeichneter grüner und roter Ausgang zur Wahl stehen, dann wird bereits in dem Zeitpunkt des Betretens des einen oder anderen Ausganges dieser „benutzt“. Ein solcher „Ausgang“ kann, wenn es zwei Ausgänge gibt, von denen einer gewählt werden muss, nur jene Örtlichkeit sein, an der die durch das Betreten getroffene Wahl eindeutig manifestiert wird. Hat der Reisende - wie es der Besch. tat - diese Schwelle überschritten, ist (beim Grünausgang) die Zollanmeldung durch diese Form der Willenserklärung abgegeben. Erfolgt die Erklärung wie im vorliegenden Fall durch den Besch. erst anlässlich einer Kontrolle, also nachdem die Willenserklärung abgegeben war, so wurden die Waren iS des Art 234 Abs. 2 ZK-DVO vorschriftswidrig verbracht (VwGH, 19.3.2003, 2000/16/0060).

Im Gegensatz zum Tatbestand einer Abgabenhinterziehung (§ 33 Abs. 1 und § 35 Abs. 2 FinStrG) ist beim Schmuggel die Verkürzung von Abgaben kein Tatbestanderfordernis und es kommt nicht darauf an, ob bei ordnungsgemäßer Deklarierung der Ware in concreto tatsächlich Eingangs- oder Ausgangsabgaben erhoben worden wären (OGH vom 19.1.1988, 10 Os 39/87, JBI 1988, 800).

Der Berufungssenat vermochte im Gegensatz zum Spruchsenat des Zollamtes X. auf Grund der dargelegten Sach- und Rechtslage nicht erkennen, weshalb eine Subsumtion des Sachverhaltes unter den (subsidiären) Tatbestand der Finanzordnungswidrigkeit nach § 51 Abs. 1 lit. f FinStrG und nicht unter den Tatbestand des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 FinStrG zu erfolgen hätte, zumal sämtliche Tatbestandsmerkmale des Schmuggels erfüllt wurden. Bei dem verfahrensgegenständlichen Damenring handelte es sich um eine eingangsabgabepflichtige Ware, die vom Besch. anlässlich seiner Einreise beim Zollamt Wien Flughafen am 20. November 2003 vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbracht wurde.

Der Schmuggel war auch vollendet, denn vollendet ist der Schmuggel im Zeitpunkt des Verbringens der Ware in das Zollgebiet. Gemäß Art. 202 Abs. 2 ZK war der Zeitpunkt des Entstehens der Zollschuld der Moment des vorschriftswidrigen Handelns beim Verbringen in das Zollgebiet. Die Zollschuld entsteht bereits im Zeitpunkt des erstmaligen Verstoßes gegen

die Gestellungspflicht; die Entdeckung bei einer Kontrolle auf dem Amtsplatz ohne vorangegangene ordnungsgemäße Gestellung schließt den Zollschuldentstehungstatbestand des Art. 202 Abs. 1 Buchstabe a ZK nicht aus (VwGH je vom 19.3.2003, 2000/16/0010, und 2000/16/0060, und vom 22.5.2003, 2002/16/0215).

Da der Besch. den eingangsabgabepflichtigen Damenring durch Überschreiten des Grünausgangs vorschriftswidrig verbracht hat, hat er damit den objektiven Tatbestand des § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG erfüllt. Er hat dabei - wie bereits der Spruchsenat des Zollamtes zu Recht erkannt hat - schuldhafte und zwar vorsätzlich gehandelt. Er war anlässlich seiner Ausreise aus der Schweiz beim Flughafen Zürich von den Schweizer Zollbeamten belehrt worden, den Ring bei der Einfuhr nach Österreich anzumelden. Die Bedeutung der Benützung des Grünkanals war ihm bekannt. Die Frage des Zollbeamten nach mitgeführten Waren verneinte er demnach im Wissen um seine Gestellungsverpflichtung. Es war dabei unmaßgeblich, ob der Besch. beabsichtigt hatte, den Ring im Zollgebiet zu belassen oder nicht. Der Berufungssenat erkannte daher beim Bw. keinen unentschuldbaren Rechtsirrtum.

Der Besch. war zur Tatzeit gesundheitlich beeinträchtigt. Es finden sich aber keine Anhaltspunkte dafür, dass er sich in einem Zustand befunden hätte, die seine Zurechnungsfähigkeit ausgeschlossen hätte. Seine Erkrankung bewirkte keine Situation, nach der er durch die Nichtgestellung der eingangsabgabepflichtigen Ware einen gesundheitlichen Nachteil von sich abwenden hätte können, zumal ihm die Beiziehung eines Arztes angeboten worden war, er dies aber ablehnte. Die gesundheitliche Beeinträchtigung des Besch. würdigte der Berufungssenat aber als eingeschränkte Schuldfähigkeit, demnach als einen besonderen Milderungsgrund nach § 34 Abs. 1 Z. 11 StGB und einen Umstand, der einem Schuldausschließungsgrund nahe kommt.

Bei der Bemessung der Geldstrafe im Ausmaß von rd. 18 Prozent des Strafrahmens lag sie in dessen unteren Bereich. Dabei waren gem. § 23 Abs. 2 und 3 FinstrG die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse und als mildernd das Geständnis des Besch., seine finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit und seine verminderte Schuldfähigkeit zu berücksichtigen. Erschwerungsgrund wurde keiner erblickt.

Die gemäß § 20 FinstrG für die Geldstrafe festzusetzende Ersatzfreiheitsstrafe war mit 2 Tagen (1 Tag je € 1000,00 Geldstrafe) anzusetzen, wobei bei der Umrechnung von der Geldstrafe auf die Ersatzfreiheitsstrafe auf die Strafzumessungsgründe des vorliegenden Einzelfalles, insbesondere auf die eingeschränkte Schuldfähigkeit des Besch. Bedacht zu nehmen war.

Der Besch. hat den verfahrensgegenständlichen, nach § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG grundsätzlich verfallsbedrohten Ring offenkundig anlässlich des Weihnachtsfestes 2003 seiner Ehegattin geschenkt. Er steht demnach nicht (mehr) im Eigentum des Besch. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass der Eigentümerin die in § 17 Abs. 3 lit. a und b FinstrG bezeichneten Vorwurfsgründe anzulasten wären.

Das Eigentumsrecht der Ehegattin des Besch. an der verfallsbedrohten Ware steht demnach einem Verfallsausspruch entgegen und es war gemäß § 19 Abs. 1 lit. b FinStrG statt auf Verfall auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen.

Der Wertersatz in Höhe des gemeinen Wertes des Tatgegenstandes zum Zeitpunkt der Tatbegehung (§ 19 Abs. 3 FinStrG) berechnet sich in üblicher und höchstgerichtlich anerkannter Judikatur (z.B. VwGH, 2001/16/0296, OGH 13 178/86) in der Weise, dass zum Zollwert (hier: € 24.243,69) die Eingangsabgaben (hier: € 5.576,05) addiert werden und dem so erhaltenen Wert (hier: € 29.819,74) unter Berücksichtigung einer Handelsspanne 10 Prozent (hier: € 2.981,97) hinzu gerechnet werden. Im vorliegenden Fall bemisst sich daher der gemeine Wert des Tatgegenstandes mit € 32.801,71.

Unter Berücksichtigung der Bestimmungen des § 19 Abs. 5 und Abs. 6 FinStrG erachtet es der Berufungssenat – bei Anwendung der Grundsätze der Strafbemessung nach § 23 FinStrG – für angemessen, den Wertersatz nur teilweise, nämlich in Höhe von € 5.900,00, d.s. rd. 18 Prozent des gemeinen Wertes, aufzuerlegen. Bei der zwingend gebotenen Verhältnismäßigkeitsüberprüfung erkannte der Senat, dass zufolge der eingeschränkten Schuldfähigkeit des Besch., die einem Schuldausschließungsgrund nahe kam, der volle Wertersatz zu dem den Besch. treffenden Vorwurf in einem auffallenden Missverhältnis stünde, weshalb von seiner Auferlegung teilweise abzusehen war. Gemäß § 20 FinStrG war für den Fall der Nichteinbringung des Wertersatzes die Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von 6 Tagen festzusetzen. Es wurde dabei der Umrechnungsschlüssel bei der Geldstrafe (1 Tag entspricht € 1.000,00) herangezogen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

Aus den dargestellten Gründen war spruchgemäß zu entscheiden und der Berufung des Amtsbeauftragten Folge zu geben

Wien, am 16. Oktober 2008