



## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenaat 5 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. MMag. Roland Schönauer sowie die Laienbeisitzer Otto Trunner und Mag. Harald Österreicher als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., geb. xxx, wohnhaft Adr., wegen des Finanzvergehens der vorsätzlichen gewerbsmäßigen Abgabehelerei in Tateinheit mit der vorsätzlichen Monopolhelerei gemäß §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 19. Juli 2007 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 4. Oktober 2006, ZI. 100000/00.000/2007-AFB/Sch, Spr.Sen.L.Nr. 49/2006 , StrNr. 2002/00000-001 nach der am 17. Oktober 2008 in Anwesenheit des Amtsbeauftragten ADir. Werner Sischka, der Dolmetscherin Sb. und der Schriftführerin Angelika Kary, jedoch in Abwesenheit des Beschuldigten durchgeführten mündlichen Verhandlung gemäß § 161 Abs.1 FinStrG zu Recht erkannt:

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

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

### Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 4. Oktober 2006, ZI. 100000/00.000/2007-AFB/Sch, hat der Spruchsenat des Zollamtes Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Berufungswerber Bw. (im

Folgenden: Bw.) nach §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG für schuldig erkannt, weil er im Zeitraum April 2002 bis 19.6.2002 insgesamt 600 Stangen Zigaretten, hinsichtlich derer zuvor von unbekannt gebliebenen Tätern das Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem Finanzvergehen des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach §§ 35 Abs.1 lit.a und 44 Abs.1 lit.a FinStrG begangen wurde, angekauft und weitergegeben habe, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Er habe dadurch das Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgabenhhehlerei in Tateinheit mit dem Finanzvergehen der vorsätzlichen Monopolhehlerei unter dem erschwerenden Umstand der Gewerbsmäßigkeit nach §§ 37 Abs.1 lit.a, 38 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG begangen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß §§ 37 Abs.2, 38 FinStrG unter Bedachtnahme auf § 23 Abs.3 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 15.500,- € verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 31 Tagen ausgesprochen. Gemäß § 19 FinStrG wurde auf eine Wertersatzstrafe in Höhe von 2.486,50 € und für den Fall der Uneinbringlichkeit auf eine Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Tagen erkannt. Gemäß §§ 17 Abs.2 lit.a, 37 Abs.2, 46 Abs.2 FinStrG wurde auf Verfall der sichergestellten Zigaretten erkannt. Die Haftzeit von 19.6.2002, 6.15 Uhr bis 26.6.2002, 13.15 Uhr wurde auf die Strafe angerechnet.

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

Gegen dieses am 27.6.2007 zugestellte Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 13.7.2007 (Postaufgabe 19.7.2007), wobei der Bw. im Wesentlichen vorbringt, dass er weder vorher noch nachher mit irgendeiner Straftat zu tun hatte und das damalige, mehr als 5 Jahre zurückliegende Verhalten aus Unbesonnenheit gesetzt wurde, wobei er sich zu der Tat, die ohne die Ermittlungen auch schon verjährt wäre, auch geständig und kooperativ gezeigt habe. Seit der Verhandlung habe sich seine wirtschaftliche Lage verschlechtert, er erhalte statt des früheren Einkommens in Höhe von 300,- € nunmehr das Kinderbetreuungsgeld und bei Bezahlung der Strafe oder Antritts der Ersatzfreiheitsstrafe wäre der Unterhalt seiner Familie gefährdet. Er ersuche daher um Minderung der Strafe, den Betrag von 2.486,50 € könnte er mit seinen finanziellen Möglichkeiten bezahlen.

Zu der vom Unabhängigen Finanzsenat für den 17. Oktober 2008 angesetzten mündlichen Verhandlung war der mit internationalem Rückschein vorgeladene Bw. nicht erschienen, sodass gemäß § 157 in Verbindung mit § 126 FinStrG in seiner Abwesenheit verhandelt wurde.

### ***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Dem Finanzstrafverfahren liegt der Sachverhalt zugrunde, dass das Zollamt Wien im Jahr 2002 im Auftrag des Landesgerichts für Strafsachen Wien Ermittlungen gegen mehrere Personen wegen des Verdachts des illegalen Handels mit geschmuggelten Zigaretten führte. Im Zuge dieser Ermittlungen wurde der Bw. am 19.6.2002 gemeinsam mit dem ungarischen Staatsbürger Be. von Zollorganen in Vösendorf mit 251 Stangen Zigaretten zollunredlicher Herkunft betreten. Dabei wurden auch handschriftliche Aufzeichnungen vorgefunden. In der anschließenden niederschriftlichen Einvernahme führte der Bw. aus, dass er ca. 2 Monate vorher in Mosonmagyaróvár von einem Bekannten das Angebot erhalten hatte, nach Österreich geschmuggelte Zigaretten zu übernehmen und auszuliefern. Er war darauf eingegangen und hatte die von diversen ungarischen Lieferanten in Größenordnungen von 50 bis 60 Stangen überbrachten Zigaretten über ihm bekannt gegebene Kontakttelefonnummern weitergegeben. Insgesamt habe er bei dieser zwei Monate währenden illegalen Tätigkeit 600 Stangen Zigaretten übernommen und weiterverteilt.

Zu seinen persönlichen Verhältnissen führte der Bw. in der niederschriftlichen Einvernahme aus, dass er nach Absolvierung der Grundschule seit 7 Jahren Agrarwissenschaft studiere und noch 2 Semester zu absolvieren habe. Er führe auch diverse Gelegenheitsarbeiten aus, z.B. das Aufstellen von Küchen, und lebe vom Verdienst dieser Tätigkeiten sowie von der Unterstützung durch seinen Vater, einen praktischen Arzt.

Mit Bescheid vom 25.6.2002 wurde gemäß § 83 Abs.1 FinStrG gegen den Bw. das Finanzstrafverfahren wegen der o.a. Finanzvergehen eingeleitet.

In der am 4.10.2006 vor dem Spruchsenat durchgeführten mündlichen Verhandlung blieb der Bw. bei seiner geständigen Verantwortung und führte in einer gegen das mündlich verkündete Erkenntnis gerichteten Berufungsschrift vom 2.11.2006 aus, dass er außer dieser Straftat weder vorher noch nachher Straftaten begangen habe, sich bei der mehr als 4 Jahre zurückliegenden Tat kooperativ und geständig verhalten habe und die Tat ohne die Ermittlungstätigkeit auch schon verjährt wäre. In den vergangenen 4 Jahren haben sich seine persönlichen Verhältnisse geändert, er sei nun kein Schüler mehr, sondern beziehe ein monatliches Gehalt von 300,- €. Derzeit sei er statt dieser Tätigkeit zu Hause, um den Unterhalt für seine Familie zu besorgen. Gerade um seinen Familienunterhalt nicht zu gefährden, ersuche er um Minderung der Strafe. Den Wert der Schmuggelzigaretten, 2.486,50 €, könne er bei seinen persönlichen Verhältnissen bezahlen.

Die anzuwendenden finanzstrafrechtlichen Bestimmungen sind :

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

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

a) einen Schmuggel, eine Abgabehinterziehung oder eine Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabehehlerei nach § 37 Abs.1 begeht, wobei es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung); ...

Gemäß § 46 Abs.1 lit.a FinStrG macht sich der Monopolhehlerei schuldig, wer vorsätzlich Monopolgegenstände (§ 17 Abs.4) oder Erzeugnisse aus Monopolgegenständen, hinsichtlich welcher in Monopolrechte eingegriffen wurde, kauft, zum Pfand nimmt oder sonst an sich bringt, verheimlicht oder verhandelt.

Gemäß § 58 Abs.2 FinStrG obliegt die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses, soweit nicht gerichtliche Zuständigkeit gemäß § 53 gegeben ist, einem Spruchsenat als Organ der Finanzstrafbehörde I. Instanz, wenn

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

Gemäß § 68 Abs.1 FinStrG sind für die Dauer des nächsten Jahres die Spruchsenate und die Berufungssenate, deren Vorsitzende und die übrigen Mitglieder sowie die Reihenfolge, in der diese im Fall der Verhinderung des zunächst berufenen Senatsmitglieds einzutreten haben, zu bestimmen.

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

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

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

Gemäß Abs.3 sind die Geschäfte für jedes Jahr im Voraus unter die Senate so zu verteilen, dass die Durchführung des Verfahrens und die Fällung der Entscheidung bei selbständig berufstätigen Beschuldigten einem nach Abs. 2 lit.a zusammengesetzten Senat oder dessen Mitglied und bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten einem nach Abs.2 lit.b zusammengesetzten Senat oder dessen Mitglied obliegt. Wird gegen einen Beschuldigten, der

beiden oder keiner der vorgenannten Berufsgruppen angehört oder wird im selben Verfahren gegen mehrere Beschuldigte verhandelt, die verschiedenen der vorgenannten Berufsgruppen angehören, so obliegt die Führung des Verfahrens einem nach Abs.2 lit.a zusammengesetzten Senat.

Der UFS als Finanzstrafbehörde II. Instanz hat erwogen:

Im vorliegenden Fall beträgt der strafbestimmende Abgabebetrag (Zoll, Einfuhrumsatzsteuer, Tabaksteuer) der durch den Bw. verhehlten Zigaretten insgesamt 24.114,66 €, womit sich gemäß § 58 Abs.2 lit.a FinStrG die Zuständigkeit eines Spruchsenats zur Entscheidung ergibt. Beim Zollamt Wien waren zum Zeitpunkt der Entscheidungsfällung, am 4.10.2006, der Senat I gemäß § 68 Abs.2 lit.a FinStrG in der Zusammensetzung Mag. S. als Vorsitzende, Dr. T. als Beamter des höheren Finanzdienstes und Mag. B. als Laienbeisitzer mit den jeweiligen Vertretern für den Fall der Verhinderung eingerichtet, der Senat II gemäß § 68 Abs.2 lit.b FinStrG in der Zusammensetzung Dr. R. als Vorsitzender, Dr. V. als Beamter des höheren Finanzdienstes und Dr. Z. als Laienbeisitzer mit den jeweiligen Vertretern für den Fall der Verhinderung eingerichtet.

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

Dem Senat II oblag zufolge der Geschäftsverteilung die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten. Mit der Zuteilung des Finanzstraffalles an den Senat II und der Fällung der Entscheidung in der Zusammensetzung S/V/Z wurde diese gesetzmäßig vorgesehene feste Geschäftsverteilung nicht eingehalten, sondern es wurde ein unzuständiges Kollegialorgan tätig. Denn der Bw. gehörte nach den zur Tatzeit zu beurteilenden persönlichen Verhältnissen als Student und zeitweise als Gelegenheitsarbeiter tätiger Beschuldigter in die Zuständigkeit des Senates I, sodass die Senatszusammensetzung primär S /T/B lauten musste. Zwar konnte in der Vertretungsreihenfolge T durch V ersetzt sein, nicht aber B durch Z , weil letzterer aus der Berufsvertretung der unselbständigen Berufe kommt.

Durch diese Fehlbesetzung des urteilenden Senates leidet das Verfahren an dem wesentlichen Mangel, dass bei der Entscheidungsfindung das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter verletzt wurde (Art. 83 Abs.2 B-VG). Eine mit diesem Verfahrensmangel behaftete Entscheidung ist grundsätzlich aufzuheben (z.B. VfGH 3.3.2008 B 97/07; VfGH 29.2.2000 B 2025/99), dieser Mangel ist in jedem Stadium des Verfahrens wahrzunehmen und kann auch

durch die richtige Besetzung des Berufungssenats nicht geheilt werden (VwGH 27.6.1994 93/16/0060).

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

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

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

Wien, am 17. Oktober 2008