

## **BESCHLUSS**

Das Bundesfinanzgericht hat durch Dr. Richard Tannert als Vorsitzenden des Finanzstrafsenates Linz 3 in der Finanzstrafsache gegen A, geb. xxxx in XX, Georgien, israelischer Staatsbürger, whft. Wien-XXX, ehem. Kaufmann, dzt. ohne Beschäftigung, vertreten durch Mag. Franz Karl Juraczka, Rechtsanwalt, Alser Straße 32/15, 1090 Wien, wegen gewerbsmäßiger Abgabenhehlerei gemäß §§ 37 Abs. 1 lit. b, 38 Abs. 1 [idFd BGBl I 2010/104] des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) und Monopolhehlerei gemäß § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG, Zollamt Linz Wels, StrNr.4, Amtsbeauftragter Y, aus Anlass der Beschwerden des Beschuldigten vom 18. April 2014 und des Amtsbeauftragten vom 24. März 2014 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates II beim Zollamt Linz Wels als Organ des Zollamtes Linz Wels als Finanzstrafbehörde vom 6. Februar 2014 den Beschluss gefasst:

I. Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Unzuständigkeit des eingeschrittenen Spruchsenates aufgehoben und die Finanzstrafsache dem Zollamt Linz Wels zur Abtretung an die tatsächlich zuständige Finanzstrafbehörde gemäß § 161 Abs. 4 FinStrG zurückgestellt.

II. Gegen diesen Beschluss des Bundesfinanzgerichtes als verfahrensleitende Verfügung ist eine abgesonderte Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig (§ 25a Abs. 3 VwGG).

## **Entscheidungsgründe**

1. Mit Erkenntnis des Spruchsenates II (zuständig laut Geschäftsverteilung für unselbständig berufstätige Beschuldigte laut Verfügung des Amtsvorstandes vom 2. Jänner 2014, Zl. 520000/000838/2014) beim Zollamt Linz Wels als Finanzstrafbehörde vom 6. Februar 2014, StrNr.4, wurde A nach einer in seiner Anwesenheit durchgeführten mündlichen Verhandlung samt umfangreicher Beweisaufnahme für schuldig erkannt,

er habe 1.) zumindest im Zeitraum vom 5. Mai 2011 bis zum 28. Juli 2011 vorsätzlich in mehreren Tathandlungen gewerbsmäßig Monopolgegenstände, hinsichtlich derer die Finanzvergehen der Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 FinStrG und des vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols nach § 44 Abs. 1 FinStrG [durch B] begangen worden waren, nämlich insgesamt zumindest 1.920 Stangen (= 384.000 Stück) Filterzigaretten der Sorte Marlboro, darauf entfallende Tabaksteuer in Höhe von € 49.344,00, an sich gebracht, wobei er in der Absicht handelte, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, sowie 2.) durch die zu Pkt. 1.) angeführten Tathandlungen Monopolgegenstände, hinsichtlich welcher in Monopolrechte eingegriffen wurde, an sich gebracht und hiedurch Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhhehlerei nach §§ 37 Abs. 1 lit. b iVm 38 Abs. 1 [in der Fassung des BGBl I 2010/104] FinStrG [Fakten Pkt. 1.)] und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG [Fakten Pkt. 2.)] begangen, weshalb über ihn gemäß §§ [ergänze: 37 Abs. 1], 38 Abs. 1 [in der zitierten Fassung], [ergänze wohl nochmals: 46 Abs. 2] FinStrG iVm § 21 Abs. 1 bis 3 FinStrG unter Bedachtnahme auf das Straferkenntnis des Einzelbeamten als Organ des Zollamtes Eisenstadt Flughafen Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 12. Juli 2013, StrNr.3, eine zusätzliche Geldstrafe von € 40.000,00 und gemäß § 20 FinStrG für den Fall deren Uneinbringlichkeit eine [zusätzliche] Ersatzfreiheitsstrafe von achtzig Tagen sowie - in Anbetracht des nicht mehr vollziehbaren Verfalls der verhandelten Zigaretten - gemäß § 19 Abs. 4 und 5 FinStrG eine anteilige [verhältnismäßige] Wertersatzstrafe von € 40.000,00 und gemäß § 20 FinStrG für den Fall auch deren Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von (weiteren) achtzig Tagen verhängt worden ist. Zusätzlich wurde dem Beschuldigten der Ersatz der pauschalen Verfahrenskosten nach § 185 [Abs. 1 lit. a] FinStrG in Höhe von € 500,00 und der allfälligen Kosten eines Strafvollzuges auferlegt.

Gegen dieses Erkenntnis des Spruchsenates II als Organ des Zollamtes Linz Wels haben sowohl der Beschuldigte als auch der Amtsbeauftragte innerhalb offener Frist Beschwerde an das Bundesfinanzgericht erhoben, wobei sich das Rechtsmittel des letzteren lediglich gegen die Strafhöhe richtet.

Der für unselbständige Beschuldigte zuständige Finanzstrafsenat Linz 4 des Bundesfinanzgerichtes hat in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss vom 30. Juni 2015 seine Unzuständigkeit ausgesprochen und die Finanzstrafsache an den Finanzstrafsenat Linz 3 abgetreten.

Der Vorsitzende des Finanzstrafsenates Linz 3 hat die Sache an Hand der vorgelegten Akten im Vorverfahren einer entsprechenden Würdigung unterzogen.

2. Zur örtlichen Zuständigkeit:

Der bekämpften Entscheidung des Spruchsenates liegen folgende Sachverhaltsfeststellungen zugrunde [Ergänzungen des Bundesfinanzgerichtes in eckiger Klammer]:

Der am xxxx in XX, Georgien, geborene [und in Wien wohnhafte] A sei seit zwei bis drei Jahren arbeitslos [(Angabe des Beschuldigten vor dem Spruchsenat am 14. März 2013, Finanzstrafakt Bl. 132); demgegenüber hat der Beschuldigte bei seiner Einvernahme in Wien als Verdächtiger am 20. November 2012 durch Linzer Zollfahndungsorgane noch angegeben wie folgt: Nach Abschluss der Pflichtschule in Israel habe er den Beruf eines Automechanikers gelernt. 1976 sei er nach Österreich gekommen und habe hier im Wiener XXXXX beim XXXXX gearbeitet. Ab 1980 habe er in Wien am X-Platz einen Handel mit Waren aller Art betrieben; seit 2007 sei er aber krank und könne nicht mehr arbeiten (Finanzstrafakt Bl. 72). Ebenso hat der Genannte sich bei seiner Einvernahme als Verdächtiger am 11. Oktober 2012 sich selbst als "Kaufmann" bezeichnet, wenngleich "ohne Beschäftigung" (Finanzstrafakt Bl. 99).]

Er erhalte ca. € 300,00 pro Monat Unterstützung durch die Kirchengemeinde. Daneben werde er durch seine Söhne im Umfang von € 400,00 bis € 500,00 monatlich unterstützt.

Vom Zollamt Wien wurde [über ihn mit Strafverfügung vom] 11. November 2008, StrNr.1, wegen vorsätzlicher Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG und vorsätzlicher Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG [eine Geldstrafe von € 25,00 verhängt und der Verfall der tatgegenständlichen 200 Stück Zigaretten ausgesprochen (Abfrage Finanzstrafregister).]

Danach wurde er am 6. Juni 2011 [mit Strafverfügung des] Zollamtes Wien, StrNr.2, neuerlich wegen vorsätzlicher Abgabenhhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG und vorsätzlicher Monopolhehlerei nach § 46 Abs. 1 lit. a FinStrG schuldig gesprochen [und über ihn eine Geldstrafe von € 300,00 verhängt sowie 2.200 Stück Zigaretten für verfallen erklärt (Abfrage Finanzstrafregister).]

Auf einen weiteren Schuldspruch, nunmehr des Zollamtes Wien Eisenstadt Flughafen Wien [mit Erkenntnis des Einzelbeamten vom 12. Juli 2013] zu StrNr.3 sei vorliegend Bedacht zu nehmen. [Demnach war A am 11. Oktober 2012 (also bereits wieder nach den verfahrensgegenständlichen Tathandlungen) vor dem Geschäftslokal seines Bruders C in der d-Gasse-Wien mit fünf Kartons Zigaretten verschiedener Marken angehalten worden. Zwei Kartons waren von ihm und seinem Bruder aus einem Fahrzeug gerade in das Geschäftslokal verbracht worden, er wollte die Zigaretten dort umpacken; die weiteren drei Kartons wollte er gleich wieder weiterverkaufen (Aussage des Verdächtigen am 11. Oktober 2012, Finanzstrafakt Bl. 99 ff).

Mit dem genannten Straferkenntnis wurde A wegen Abgabenhinterziehung nach § 33 Abs. 1 FinStrG und vorsätzlicher Eingriffe in Monopolrechte nach § 44 Abs. 1 FinStrG schuldig gesprochen und über ihn eine Geldstrafe von € 5.500,00 sowie eine Ersatzfreiheitsstrafe von 25 Tagen verhängt; die sichergestellten 49.460 Stück Zigaretten wurden für verfallen erklärt (Finanzstrafregister).]

Am 28. August 2012 war - der umfassend geständige - B, [ein Geschäftspartner des Beschuldigten,] vom Landesgericht Korneuburg [im Beisein eines Vertreters des Zollamtes Linz Wels als Privatbeteiligte (§ 200 Abs. 1 FinStrG)] zur GZ.HV1 wegen gewerbsmäßiger Hinterziehungen von Tabaksteuer nach §§ 33 Abs. 1, 38 Abs. 1 FinStrG und vorsätzlicher Eingriffe in Monopolrechte nach § 44 Abs. 1 FinStrG [zu einer unbedingten Geldstrafe von € 750.000,00, Ersatzfreiheitsstrafe vier Monate, und einer bedingten Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt worden.

Dem lag zu Grunde, dass der Finanzstraftäter in ZZ, Niederösterreich, zwischen dem 1. Februar 2011 und dem 27. März 2012 in zumindest zwölf Angriffen zu nicht mehr genau feststellbaren Zeitpunkten und am 18. Juli 2011 und 8. August 2011 vorsätzlich unter Verletzung seiner abgabenrechtlichen Anzeige-, Offenlegungs- oder Wahrheitspflicht eine Verkürzung von Tabaksteuer [in Höhe von € 1,629.283,29] bewirkt hat, indem er insgesamt 66.277,7 Stangen (= 13.255.540 Stück) Filterzigaretten der Sorten „Regal“ und „Marlboro“ sowie 700 kg Feinschnitttabak aus dem freien Verkehr eines Mitgliedsstaates zu gewerblichen Zwecken bezogen und die Tabakwaren im Steuergebiet in Empfang genommen hat, wobei es ihm darauf angekommen ist, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (Finanzstrafakt Bl. 128 ff).

Zwischen dem 5. Mai 2011 und dem 28. Juli 2011 habe B von den vorhin angeführten Zigaretten zumindest 1.920 Stangen, nämlich 30 Kartons zu je 64 Stangen (= 384.000 Stück) Filterzigaretten „Marlboro“, darauf entfallende Tabaksteuer in Höhe von € 49.344,00 an A weitergegeben (Beschuldigtenvernehmung B, Finanzstrafakt Bl. 15 ff, 42 ff, 51ff).

Diese - gefälschten - Zigaretten waren in der Slowakei (in Bratislava bzw. der Umgebung von Bratislava) hergestellt worden und unter Verletzung von Anzeigepflichten und einer Verkürzung von Abgaben nach Österreich eingeführt worden, wo sie B in Empfang genommen und in ZZ in einem [zu diesem Zwecke eingerichteten] Zigarettenlager verwahrt hatte. Von dort hat B diese Zigaretten (die er um € 12,00 pro Stange eingekauft hatte) an seine Abnehmer (um € 15,00 pro Stange) weiterverkauft. Einer seiner Abnehmer war - der bereits zweimal einschlägig vorbestrafte - A. Diesen hatte B am X-Platz angesprochen, ob er in der Slowakei hergestellte, gefälschte und unter Abgabenverkürzung und Verletzung der Monopolrechte nach Österreich gebrachte „Marlboro“ brauche. Er würde pro Stange € 15,00 verlangen (Beschuldigtenvernehmung B, Finanzstrafakt Bl. 15 ff, 42 ff, 51 ff, insbesondere Bl. 21 unter Bezugnahme auf Anlage 11 = Bl. 38).

A wäre - ob des günstigen Preises, den man (für die Mitglieder des Spruchsenates notorisch) nur dann bekomme, wenn man erhebliche Zigarettenmengen abnimmt - damit einverstanden gewesen und habe beabsichtigt, fortan in der Slowakei [illegal] hergestellte [Zigaretten] von B abzunehmen und diese wiederkehrend mit Gewinnaufschlag weiterzuverkaufen, um sich solcherart ein fortlaufendes (Zusatz) Einkommen zu verschaffen (wiederum Beschuldigtenvernehmung B, Finanzstrafakt Bl. 15 ff, 42 ff, 51 ff; die subjektive Tatseite sei zwanglos aus dem objektiven Tatgeschehensablauf abzuleiten).

Zu den Übergaben sei A fast immer mit dem auf die F-GmbH (Firma-F) zugelassenen und von dieser an G (= Sohn des A) vermieteten Fiat Bravo, grau, amtliches Kennzeichen W1, gekommen (Beschuldigtenvernehmung B, Finanzstrafakt Bl. 1, 52, 55; Zulassung gemäß Auszug aus dem Kfz-Zentralregister: Bl. 8; Auskunft F-GmbH, Bl. 60).

Konkret habe A (unter anderem) am 17. Mai 2011 um 09:02 Uhr einen Karton mit 64 in der Slowakei hergestellten und illegal nach Österreich gebrachten Stangen Marlboro [vor dem Geschäft „H-Waren“, d-Gasse-Wien,] aus dem von ihm verwendeten Fiat Bravo, amtliches Kennzeichen W1, herausgenommen und in den Laden gebracht (Observation, Finanzstrafakt Bl. 5).

Am 11. Juli 2011 um 12:39 Uhr habe B [aus seinem Fahrzeug einen zuvor aus dem Lager entnommenen] Karton mit 64 Stangen Marlboro an A übergeben, der zu dieser Zeit ein Fahrzeug mit dem amtlichen Kennzeichen W2 gelenkt hatte. Der Ort der Übergabe ist nicht dokumentiert, vermutlich aber in Wien (Observation, Finanzstrafakt Bl. 6).

Am 19. Juli 2011 zwischen 08:29 Uhr und 09:00 Uhr habe B einen zuvor aus dem Zigarettenlager abgeholten Karton mit 64 Stangen Marlboro [in Wien, i-Gasse] an A übergeben, den dieser in den von ihm verwendeten Fiat Bravo, amtliches Kennzeichen W1 eingeladen habe (Observation, Finanzstrafakt Bl. 6).

Am 21. Juli 2011 habe B einen zuvor aus dem Zigarettenlager abgeholten Karton mit 64 Stangen Marlboro [in Wien] an A übergeben, den dieser um 11:45 Uhr in den von ihm verwendeten Fiat Bravo, amtliches Kennzeichen W1, eingeladen habe (Observation, Finanzstrafakt Bl. 6).

Am 25. Juli 2011 habe B einen zuvor aus dem Zigarettenlager abgeholten Karton mit 64 Stangen Marlboro [in Wien, i-Gasse] an A übergeben, den dieser um 14:11 Uhr in den von ihm verwendeten Fiat Bravo, amtliches Kennzeichen W1, eingeladen habe (Observation, Finanzstrafakt Bl. 6).

Am 28. Juli 2011 habe B wiederum einen zuvor aus dem Zigarettenlager abgeholten Karton mit 64 Stangen Marlboro [in Wien, i-Gasse] an A übergeben, den dieser um 09:56 Uhr in den von ihm verwendeten Fiat Bravo, amtliches Kennzeichen W1, eingeladen habe (Observation, Finanzstrafakt Bl. 7).

Insgesamt habe A somit - wie bereits ausgeführt - zwischen dem 5. Mai 2011 und dem 28. Juli 2011 zumindest 1920 Stangen, nämlich 30 Kartons zu je 64 Stangen (= 384.000 Stück), Filterzigaretten „Marlboro“, darauf entfallende Eingangsabgaben (Tabaksteuer) in Höhe von Euro 49.344,00, welche in der Slowakei hergestellt und ohne Entrichtung von Eingangsabgaben nach Österreich eingeführt worden waren, [in Wien] an sich gebracht (Beschuldigtenvernehmung B, Finanzstrafakt Bl. 15 ff, 42 ff, 51 ff). Dies habe er gewollt, wobei er beabsichtigt habe, sich durch die wiederkehrende Tatbegehung ein fortlaufendes (Zusatz)Einkommen zu verschaffen, indem er diese Zigaretten in der Folge mit Gewinnaufschlag weiterverkauft habe [vielleicht auch nur: weiterverkaufen wollte] (wiederum die zitierte Beschuldigtenvernehmung des B; die subjektive Tatseite sei

zwanglos aus dem objektiven Tatgeschehensablauf abzuleiten). Der Beschuldigte habe auch gewusst, dass durch die beschriebenen Tathandlungen zuvor in österreichische Monopolrechte eingegriffen worden war und habe dennoch die Zigaretten an sich bringen wollen (dies leite sich ebenfalls zwanglos aus dem objektiven Tatgeschehensablauf ab).

Der Kleinverkaufspreis für die verhandelnden Zigaretten betrage - so der Spruchsenat - € 86.400,00.

Aus den Darlegungen des Spruchsenates zur Beweiswürdigung im Anschluss an diese Feststellungen ergibt sich unter anderem, soweit vorerst von Relevanz, dass Organe der österreichischen Zollfahndung aus Oberösterreich Observierungen in Wien bzw. Niederösterreich im Umfeld des B vorgenommen haben, wobei neben dem Genannten auch diejenigen Personen fotografiert worden sind, welche sich offenkundig als Abnehmer der illegalen Zigaretten hervorgetan haben. Unter diesen Personen hat sich (so die Überzeugung des Spruchsenates) auch der im gegenständlichen Finanzstrafverfahren beschuldigte A befunden, ohne dass den Zollfahndern zu diesem Zeitpunkt die Identität des Beschuldigten bekannt gewesen wäre oder gegen den Beschuldigten zuvor schon in dieser Finanzstrafsache wegen eines gegen ihn konkret gerichteten Tatverdachtes ermittelt worden wäre (vorgelegte Akten; siehe auch die Aussage des Zeugen ADir.-J vor dem Spruchsenat, dass zum damaligen Zeitpunkt [bei der erstmaligen Vernehmung des B in Wien am 27. März 2012] nur ein Foto [nur in Wien aufgenommene Fotos] des mutmaßlichen Zigarettenabnehmers und [der] des von ihm verwendeten Fahrzeuge[s] existiert hat [den Fahndungsbeamten zur Verfügung gestanden sind], Finanzstrafakt Bl. 21, 145 f).

Am 27. März 2012 war B in Wien durch ADir.-J unter Vorhalt des Observationsergebnisses erstmals zu dem gegen ihn bestehenden Tatverdacht vernommen worden, wobei er nach Vorlage der den A abbildenden Fotos dessen Vornahmen mitteilte, welcher aber offenbar von den Beamten vorerst phonetisch als "####" missverstanden wurde (Finanzstrafakt Bl. 21).

Konkret führte B bei dieser Einvernahme aus:

"Auf der Anlage 11 erkenne ich '####'. Ich kenne ihn vom X-Platz und da habe ich ihn angeredet, ob er Zigaretten braucht. Wir haben nie miteinander telefoniert, sondern haben uns beim Treffen den nächsten Termin ausgemacht. Ich habe ihm die Zigaretten immer um 09.00 Uhr in der Früh gebracht. Er ist immer mit einem Fiat gekommen. '####' hat insgesamt ca. 30 Kartons zu je 64 Stangen Zigaretten der Sorte 'Marlboro' bekommen. Ich habe ihm die Stange für € 15,00 verkauft. Ich habe K € 12,00 bezahlen müssen."

Über das Kennzeichen W1 des von A verwendeten Fahrzeuges führte die Spur den oberösterreichischen Zollfahnder zum Autoverleih der F-GmbH in Wien (Finanzstrafakt Bl. 57) und von diesem Wiener Unternehmen zum Mieter des fraglichen Fahrzeuges zu den Tatzeitpunkten, nämlich zum Sohn des Beschuldigten, G, whft. Wien-XXX (Finanzstrafakt Bl. 60). Der am 24. Oktober 2012 in Wien befragte G wiederum identifizierte seinen Vater als die auf den Observierungsfotos abgebildete Person

(Aktenvermerk vom 16. November 2012, Finanzstrafakt Bl. 69). Am 20. November 2012 wurde schließlich A in Wien als Verdächtiger zu den verfahrensgegenständlichen Vorwürfen vernommen (Finanzstrafakt Bl. 71 ff).

Den vorgelegten Akten ist somit im Ergebnis zu entnehmen, dass die dem Schuldspruch gegen A zugrunde gelegten Finanzvergehen nicht im Amtsbereich des als Finanzstrafbehörde einschreitenden Zollamtes Linz Wels begangen oder - wie zwischendurch dem Bundesfinanzgericht vorgetragen - im Rahmen einer Telefonüberwachung (tatsächlich: keine Telefonate zwischen A und B, sic!) entdeckt worden sind.

Dies stimmt überein mit einer Sachverhaltsdarstellung des ADir.-J vom 2. Juni 2015:

"20. Juni 2011: Info aus Deutschland über vermutetes Zigarettenlager irgendwo in Österreich. Der Verdacht in Deutschland gründete darauf, dass bei einer in Deutschland durchgeführten Telefonüberwachung im Zusammenhang mit einem größeren Zigarettenaufgriff eine Telefonnummer aufschien, die einer weiblichen Person aus Attnang-Puchheim zugeordnet werden konnte. Nach damaligen Ermittlungstand in Deutschland war diese Person dem unmittelbaren Täterkreis zuzuordnen. Ermittlungen wurden daraufhin im Rahme der Rechtshilfe durch die Zollfahndung Linz aufgenommen, wobei mit der Abklärung der Person aus Attnang-Puchheim begonnen wurde.

Immer mehr Hinweise aus Deutschland deuteten später darauf hin, dass das vermutete Zigarettenlager im Raume Wien zu suchen sei.

Ermittlungen wurden durch die Zollfahndung Linz in diese Richtung weitergeführt, wobei es letztlich gelungen ist, ein illegales Zigarettenlager auszuforschen und eine Person, die zumindest Zutritt zu diesem Lager hatte, zu observieren.

Bei dieser Person handelte es sich um B und wurde dieser im Zeitraum Mai bis August 2011 über Anordnung der Staatsanwaltschaft Korneuburg observiert. Die Observation erfolgte durch die Observationseinheit Ost / Standort Flughafen Wien, unterstützt durch die Zollfahndungen Graz und Linz.

Im Zuge dieser Observation konnte unter anderem festgestellt werden, dass B an den Fahrer des Pkw mit dem amtlichen Kennzeichen W1 mehrmals Kartons mit vermutetem Inhalt Zigaretten übergeben hat.

Der Fahrer konnte ausgeforscht werden und handelte es sich dabei um A. B war in seinen Einvernahmen geständig, an diese Person mehrmals Zigaretten übergeben zu haben und bestätigte die Observationsergebnisse. ..."

Gemäß § 58 Abs. 1 lit. b FinStrG ist aber grundsätzlich zur Durchführung des Finanzstrafverfahrens als Finanzstrafbehörde bei Abgabenhehlerei und Monopolhehlerei (wie hier verfahrensgegenständlich) gerade jenes Zollamt zuständig, in dessen Bereich diese Finanzvergehen begangen oder entdeckt worden sind. - Entscheidend ist somit in diesem Zusammenhang nicht, von welchen Organen bzw. von welchen

Finanzstraßbehörden die Taten entdeckt worden sind, sondern im Amtsbereich welches Zollamtes die Taten begangen oder (alternativ) entdeckt worden sind.

Als Ort der Begehung eines Finanzvergehens ist jene Lokalisation zu verstehen, in welcher sich das Tatgeschehen zugetragen hat, der Tatort (hier: der Ort des Ansichbringens der verfahrensgegenständlichen Zigaretten durch den Beschuldigten in Wien).

Als entdeckt wird ein Finanzvergehen dann angesehen, wenn sich der Nachweis insoweit verdichtet hat, dass bei vorläufiger Tatbeurteilung der Nachweis der Verwirklichung des objektiven Tatbestandes eines Finanzvergehens (hier vorerst: die Abgabenhehlerei und die Monopolhehlerei durch den in Wien observierten, zu diesem Zeitpunkt noch nicht identifizierten A in Form des oben beschriebenen Ansichbringens der in der Slowakei hergestellten gefälschten Zigaretten) wahrscheinlich ist (*Reger/Judmaier/Kalcher/Kuroki*, FinStrG II<sup>4</sup>, S. 203 zitieren dazu *Tanzer*, ÖStZ 1993, 303; *Scheil*, Die Selbstanzeige nach § 29 FinStrG, 449, 451; *Leitner*, Grundzüge des österreichischen Finanzstrafrechts, 83).

Hinweise auf Straftaten sind aber noch kein Entdecken eines Finanzvergehens (VwGH 21.3.2002, 2001/16/0471). Solange aber ein objektiv erfassbares und tatsächlich wahrgenommenes Geschehen noch nicht zum Schluss auf ein im FinStrG vertypstes Finanzvergehen nötigt, sondern noch andere Deutungsmöglichkeiten offen sind, liegt noch keine Tatentdeckung vor (vgl. bereits OGH 25.8.1998, 11 Os 41/98).

Insofern könnte man bezüglich der Beobachtung der Übergabe der Kartons von B an A allenfalls noch einwenden, dass sich in den übergebenen Kartons nicht nur der Tabaksteuer unterworfenen gefälschten Zigaretten, sondern auch andere, vielleicht ebenfalls verfängliche Handelswaren befinden hätte können.

Eine diesbezüglich vorläufige Klarstellung hat aber jedenfalls die erwähnte Einvernahme des B am 27. März 2012 gebracht, bei welcher der Befragte den auf den Observierungsfotos abgebildeten Beschuldigten als (phonetisch) "####" identifizierte, den er vom X-Platz her kenne und den er dort angeredet habe, ob er Zigaretten brauche, welcher immer mit einem Fiat gekommen sei und welchem er ca. 30 Kartons zu je 64 Stangen Zigaretten der Sorte "Marlboro" zu € 15,00 je Stange verkauft habe (Finanzstrafakt Bl. 21). Auch diese Einvernahme hat aber in Wien stattgefunden (Finanzstrafakt Bl. 13).

Gemäß § 11 Abs. 1 AVOG-DV 2010 ist für den örtlichen Bereich des Bundeslandes Wien das Zollamt Wien mit Sitz in Wien eingerichtet. Da die verfahrensgegenständlichen Finanzvergehen des A - siehe die obigen Ausführungen - in Wien begangen und entdeckt worden sind, wäre in einem ersten Schritt nach der Bestimmung des § 58 Abs. 1 lit. b FinStrG das Zollamt Wien zur Führung des diesbezüglichen Finanzstrafverfahrens gegen A ausschließlich zuständig gewesen.

Gemäß § 59 Abs. 2 Satz 1 FinStrG begründet aber die Zuständigkeit einer Finanzstraßbehörde zur Durchführung des Finanzstrafverfahrens gegen einen Täter



(hier: gegen B) wegen der von ihm begangenen Finanzvergehen auch ihre Zuständigkeit gegenüber jenen Personen, welche im Verdacht stehen, sich einer Hehlerei mit Beziehung auf diese Finanzvergehen schuldig gemacht zu haben (hier: A).

Dabei wird aber eine beim erstgenannten Täter eingetretene Gerichtszuständigkeit nach § 53 Abs. 1 FinStrG nicht auch auf den Hehler übertragen, da § 53 Abs. 4 FinStrG diesen durch eine objektiven Konnexität nicht erfassen lässt und eine Gerichtszuständigkeit lediglich für die anderen vorsätzlich an der Tat Beteiligten begründet.

Gemäß § 58 Abs. 1 lit. a FinStrG idFd BGBl I 2013/14 mit Wirkung ab dem 1. Jänner 2014 ist bei Finanzvergehen, durch welche sonst Abgaben- oder Monopolvorschriften, deren Handhabung der Zollverwaltung oder ihren Organen obliegt, verletzt werden, zur Durchführung des Finanzstrafverfahrens als Finanzstraßbehörde jenes Zollamt zuständig, in dessen Bereich diese Finanzvergehen (hier: die gewerbsmäßigen Hinterziehungen an Tabaksteuer nach §§ 33 Abs. 1, 38 Abs. 1 FinStrG und die vorsätzlicher Eingriffe in Monopolrechte nach § 44 Abs. 1 FinStrG des B) begangen oder entdeckt worden sind.

B hat laut obgenanntem Urteil des Landesgerichtes Korneuburg die ihm zum Vorwurf gemachten Hinterziehungen an Tabaksteuer nach § 33 Abs. 1 FinStrG in ZZ, Niederösterreich, begangen (siehe oben). Dieser Ort liegt gemäß § 11 Abs. 1 AVOG-DV 2010 im Amtsbereich des Zollamtes St. Pölten Krems Wiener Neustadt.

Zur Frage, im Amtsbereich welches Zollamtes die mit den Finanzstraftaten des A konkret korrespondierenden Finanzstraftaten des B entdeckt worden sind, gibt das dem Bundesfinanzgericht in Ablichtung vorgelegte (und oben bereits zitierte) Protokoll über die erstmalige Vernehmung des B durch ADir.-J (als Organ des Zollamtes Linz Wels als Finanzstraßbehörde erster Instanz) in Wien vom 27. März 2012 Auskunft (Finanzstrafakt Bl. 13 ff):

Demnach wurde B vorerst der gegen ihn bestehende Tatverdacht mitgeteilt [*die konkret relevanten Textstellen sind in Kursivschrift gehalten*]:

"Auf Grund Ermittlungen der Staatsanwaltschaft Nürnberg-Fürth, des Zollfahndungsamtes München/Weiden und der Zollfahndung Linz stehen Sie im Verdacht, seit September 2010 als Beteiligter mit mehreren teils bekannten, teils unbekannten Mittätern Schmuggelzigaretten aus einem angemieteten Lager an der Adresse ZZ auf verschiedene Transporter aufgeladen, sowie *selber derartige Zigaretten aus diesem Lager mit dem Pkw Audi A4, schwarz, amtl. Kennzeichen W3 weggebracht* und aus eben diesem Lager derartige Zigaretten in verschiedene andere Pkw's verladen zu haben." [Anmerkung: Dass B selbst die im nunmehrigen Verfahren relevanten Zigaretten für A aus dem Lager in ZZ mit seinem Fahrzeug abgeholt habe, kann nur anlässlich der Observierungen vor Ort festgestellt worden sein.]

"Konkret wurden Sie am 18.7.2011 dabei beobachtet, wie Sie 8 Kartons, in denen sich gefälschte Zigaretten befanden, aus dem Lager in der ZZ auf einen roten Transporter mit deutscher Zulassung dddd verladen bzw. dabei geholfen haben. Dieser Transporter wurde

am selben Tag anlässlich einer Polizeikontrolle in Oberösterreich kontrolliert und wurden diese zuvor aus dem Lager in der ZZ verladenen Zigaretten vorgefunden. Es handelte sich dabei um mehr als 500 Stangen Zigaretten der Sorte Marlboro." [Anmerkung: Der Vorgang betrifft nicht die verfahrensgegenständlichen Zigaretten.]

"Am 8.8.2011 wurde beobachtet, dass sie aus diesem Lager 12 Kartons auf einen rumänischen Transporter mit der Zulassung rrrr verladen haben. Es handelte sich um gleichartige Kartons, wie sie am 18.7.2011 mit Zigaretten festgestellt wurden." [Anmerkung: Der Vorgang betrifft nicht die verfahrensgegenständlichen Zigaretten.]

"Insgesamt *ergab die Observation*, dass Sie im Zeitraum 6.6.2011 bis 24.8.2011 in zumindest 12 Tathandlungen zumindest 31 Kartons mit Schmuggelzigaretten befüllt aus diesem Lager verbracht bzw. verladen haben, was bei einer Mindestbefüllung von festgestellten 64 Stangen Zigaretten pro Karton einer Menge von 1.984 Stangen Zigaretten entspricht." [Anmerkung: In dieser Formulierung kann wohl das Ergebnis der vor Ort beobachteten Verladungen der an A übergebenen Zigaretten enthalten sein.]

"Des weiteren wurde ermittelt bzw. ist nachgewiesen, dass im Zeitraum 09/2010 bis 2.5.2011 derartige Zigaretten in Österreich ZZ bei Wien auf einen rumänischen Lkw verladen wurden, welche dann vom rumänischen Fahrer L nach Deutschland verbracht wurden. ..." [Anmerkung: Der Vorgang betrifft nicht die verfahrensgegenständlichen Zigaretten.]

Nach Rechtsbelehrung und Aufnahme der Personalien wurden B durch den Beamten die weiteren Ermittlungsergebnisse bekanntgegeben:

"Am heutigen Tage wurde an Ihrer Wohnadresse" [Wien-YYY] "im Geschäft 'M' und am Gelände in ZZ Hausdurchsuchungen durchgeführt und Ihnen wurde der Hausdurchsuchungsbefehl der StA Korneuburg ausgefolgt. Im Zuge der Hausdurchsuchung wurde im Geschäft 'M' im Stiegenhaus in den Mülltonnen 2.640 Stück Zigaretten der Sorte 'Regal' und 580 Stück Zigaretten der Sorte 'Marlboro' vorgefunden. Des weiteren wurden Sie mit einem Plastiksack mit 440 Stück Zigaretten der Sorte 'Marlboro' und einer noch unbestimmten Menge Marihuana betreten. Im Zuge der Hausdurchsuchung an der Adresse ZZ konnte eine Menge von 27.562 Stangen Zigaretten der Sorte 'Regal' und 'Marlboro' sowie 7 Karton mit Feinschnitttabak, derzeit unbekannte Menge und Gewicht, sichergestellt werden." [Anmerkung: In den sichergestellten Tabakwaren sind logischerweise die verfahrensgegenständlichen Zigaretten nicht enthalten, welche ja an A übergeben worden waren.]

In weiterer Folge hat nun B ein umfassendes Geständnis abgelegt und - wie oben schon ausgeführt - nach der Überzeugung des Spruchsenates ("####") A als Empfänger der insoweit betreffend seine Person straftatverfangenen Zigaretten identifiziert (Finanzstrafakt Bl. 21).

Analysiert man diese Vorhaltungen an B, erschließen sich auf Basis der allgemeinen Verdachtslage gegen den Genannten konkrete Wahrnehmungen der Zollfahnder

im Zusammenhang mit von diesem bewirkten gewerbsmäßigen Hinterziehungen an Tabaksteuer und vorsätzlichen Eingriffen in Monopolrechte aus vor Ort beim Zigarettenlager in ZZ und bei den Übergaben in Wien gemachten Beobachtungen. War zu den Zeitpunkten dieser Beobachtungen schon bekannt, dass sich in den aus dem Lager verbrachten Kartons Zigaretten befunden hatten, hinsichtlich welcher die Tabaksteuer hinterzogen und rechtswidrigerweise in das Tabakmonopol eingegriffen worden war, ist wohl zu diesen Zeitpunkten von Tatentdeckungen in ZZ bzw. in Wien, also im Amtsbereich des Zollamtes St. Pölten Krems Wiener Neustadt bzw. des Zollamtes Wien auszugehen.

Unterstellte man zum Zeitpunkt der Observierungen - wie oben angenommen - noch eine gewisse Unsicherheit über den Inhalt der von B dem Lager entnommenen und an A in der Folge übergebenen Kartons, würde vorläufige Gewissheit wohl anlässlich der oben beschriebenen Einvernahme des B am 27. März 2012 in Wien entstanden sein, womit eine Entdeckung der von Letzterem begangen - mit den Taten des B korrespondierenden - Finanzvergehen im Amtsbereich des Zollamtes Wien festzustellen wäre.

Es ergäbe sich solcherart wiederum unter Anwendung des § 59 Abs. 2 Satz 1 FinStrG im gegenständlichen Finanzstrafverfahren gegen A eine örtliche Zuständigkeit des Zollamtes Wien als Finanzstrafbehörde.

Der Sachverhalt ist aber auch nach der Chronologie der Ereignisse zu beurteilen:

Es ist einsichtig, dass nach Beginn der Erhebungen des Zollamtes Linz Wels zu einem bestimmten Zeitpunkt, noch weit vor den Observierungen bezüglich der A betreffenden Ereignisse, ein entsprechender dringender, aber noch nicht vollständig konkretisierter Verdacht gegen B und andere, sich im Rahmen eines kriminellen Netzwerkes als illegale Zigaretten Großhändler zu betätigen, bestanden haben muss. Und ebenso muss es - so auch die Darstellung des ADir.-J - konkrete und sichere Anhaltspunkte gegeben haben, von wo aus B und seine Bande operiert und war diesbezüglich sein Zigarettenlager in ZZ ausfindig gemacht worden, welches dann auch monatelang observiert worden ist. Daraus ergab sich dann aber auch eine konkrete Zuständigkeit zur Erhebung der verkürzten Tabaksteuer, nämlich beim Zollamt St. Pölten Krems Wiener Neustadt (vgl. § 28 Abs. 2 AVOG). In dessen Amtsbereich, so der Verdacht, mussten die Hinterziehungen der Tabaksteuer bzw. die Eingriffe in das Tabakmonopol stattgefunden haben.

Gemäß § 59 Abs. 3 FinStrG ist aber eine Finanzstrafbehörde, die von strafbaren Taten Kenntnis erlangt hat (hier: das Zollamt Linz Wels), im Rahmen ihrer sachlichen Zuständigkeit nur so lange zur Durchführung des Finanzstrafverfahrens zuständig, solange Gefahr im Verzug gegeben ist (hier nicht relevant) oder solange nicht - wie im gegenständlichen Fall in diesem Verfahrensstadium - ein Umstand hervorgekommen ist, der die ausschließliche Zuständigkeit einer anderen Finanzstrafbehörde (hier: des Zollamtes St. Pölten Krems Wiener Neustadt) begründet.

War ab diesem Zeitpunkt das Zollamt St. Pölten Krems Wiener Neustadt als Finanzstrafbehörde zur Führung des Finanzstrafverfahrens gegen B zuständig, folgt

daraus auch wieder gemäß § 59 Abs. 2 Satz 1 FinStrG für diese Finanzstrafbehörde eine Zuständigkeit in der gegenständlichen Finanzstrafsache gegen A.

Als Ergebnis der Analyse ist also festzuhalten, dass das Zollamt Linz Wels jedenfalls bei Ergehen des Straferkenntnisses in der Finanzstrafsache gegen A örtlich nicht mehr zuständig gewesen ist. Diese örtliche Zuständigkeit kommt gemäß § 64 Abs. 1 Satz 2 FinStrG entweder dem Zollamt Wien oder dem Zollamt St. Pölten Krems Wiener Neustadt zu, je nachdem, welche Finanzstrafbehörde im fortgesetzten Verfahren zuerst von ihrer Zuständigkeit in Kenntnis gesetzt wird.

Der Umstand der eintretenden örtlichen Unzuständigkeit des Zollamtes Linz Wels wäre bei Anwendung der pflichtgemäßen Sorgfalt durch die Finanzstrafbehörde festzustellen gewesen, sodass - auch unter Hinweis auf *Reger/Judmaier/Kalcher/Kuroki*, FinStrG II<sup>4</sup>, Rz 8, letzter Satz - die örtliche Unzuständigkeit des eingeschrittenen Spruchsenates im Verfahren vor dem Bundesfinanzgericht zu beachten ist.

Diese örtliche Unzuständigkeit wäre heilbar gewesen, wäre vor Ergehen der Entscheidung des Spruchsenates eine Delegation der Finanzstrafsache aus Gründen der Zweckmäßigkeit an das Zollamt Linz Wels nach § 60 FinStrG durch das Bundesministerium für Finanzen erfolgt. Eine solche Delegation hat aber der Aktenlage nach nicht stattgefunden.

### 3. Zur sachlichen Zuständigkeit:

Gemäß § 68 Abs. 3 FinStrG obliegt die Durchführung des Senatsverfahrens und die Fällung der Entscheidung bei selbständig berufstätigen Beschuldigten einem nach Abs. 2 lit. a zusammengesetzten Senat (sein Laienbeisitzer wird von gesetzlichen Berufsvertretungen selbständiger Berufe entsendet) und bei unselbständig berufstätigen Beschuldigten einem nach Abs. 2 lit. b zusammengesetzten Senat (dessen Laienbeisitzer wird von gesetzlichen Berufsvertretungen unselbständiger Berufe entsendet).

Die Verletzung dieses Prinzips bedeutet eine Verletzung des verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechtes auf das Verfahren vor dem gesetzlichen Richter und kann ebenfalls nicht durch eine Befassung der Finanzstrafsache durch ein tatsächlich zuständiges Bundesfinanzgericht geheilt werden (vgl. *Fellner*, FinStrG, Rz 10 zu §§ 65 bis 71 samt der dort angeführten Rechtsprechung).

Gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 FinStrG bleibt die Zuordnung zu einer Berufsgruppe bei Pensionierung oder Arbeitslosigkeit des Beschuldigten bestehen.

Wird gegen einen Beschuldigten verhandelt, der beiden oder keiner der vorgenannten Berufsgruppen angehört, verhandelt, so obliegt die Führung des Verfahrens gemäß § 68 Abs. 3 Satz 3 FinStrG einem nach Abs. 2 lit. a zusammengesetzten Senat.

Unter dem Begriff "Beruf" ist jede erlaubte, (wirtschaftlich) sinnvolle, nachhaltige (das heißt, auf Dauer berechnete, also nicht nur vorübergehende) Betätigung, die der

Schaffung und Erhaltung einer Lebensgrundlage dient, zu verstehen (VwGH 7.9.1989, 89/16/0067).

Somit ist voranstehend der Umstand, dass der Beschuldigte laut den Feststellungen des Spruchsenates seine Taten gewerbsmäßig, also mit der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, begangen habe und die an sich gebrachten Zigaretten auch weiterverkaufen wollte, als gerade im gegenständlichen Verfahren in Streit stehende rechtswidrige selbständige Erwerbsquelle, bei der Prüfung, welche Spruchsenatsform für den Beschuldigten konkret zuständig wäre, außer Ansatz zu lassen.

Zum Wesen der selbständigen Berufstätigkeit (des freien Berufes) gehört die Unabhängigkeit in der gesamten Berufsgestaltung: Angehörige eines freien Berufes haben die freie Verfügung über die eigene Arbeitskraft. Sie können insbesondere ihre Arbeitszeit frei einteilen und tragen das volle wirtschaftliche Berufsrisiko (wiederum VwGH 7.9.1989, 89/16/0067). Unzweifelhaft ist ein Einzelhandelskaufmann, der mit Waren aller Art handelt, selbständig berufstätig.

Den vorgelegten Akten ist zu entnehmen, dass der zum Zeitpunkt der Verhandlung des Spruchsenates 54jährige A zwar zuvor im Wiener XXXXX offenbar als Arbeiter "beim XXXXX gearbeitet hat, laut seinen eigenen Angaben aber ab 1980 in Wien am X-Platz bis 2007 einen Handel mit Waren aller Art betrieben hat. Seit 2007 sei er aber erkrankt und arbeitsunfähig. Damit korrespondiert, dass eine spätere selbständige oder unselbständige berufliche Betätigung des Beschuldigten den vorgelegten Akten nicht zu entnehmen ist.

Laut Mitteilung des Amtsbeauftragten vom 1. Juni 2015 habe sich die sachliche Zuständigkeit des Spruchsenates II beim Zollamt Linz Wels damit begründet, dass A laufende unselbständige Einkünfte von der Kirchengemeinde Wien beziehe.

Laut seinen eigenen Angaben erhält der Beschuldigte von der Kirchengemeinde Wien keinen Arbeitslohn, sondern monatliche Unterstützungszahlungen im Ausmaß von ca. € 300,00, ebenso wie er zur Bestreitung seines Lebensunterhaltes auch monatliche Zahlungen von seinen Söhnen erhält (siehe oben).

Kirchliche Almosen sind jedoch kein Arbeitslohn.

Aus der gesetzlichen Formulierung des § 68 Abs. 3 Satz 2 FinStrG, eingefügt durch Art 1 Z 32 FinStrG-Nov 2010 BGBl I 2010/104, mit Wirkung ab dem 1. Jänner 2011, wonach die Zuordnung zu einer Berufsgruppe bei Pensionierung oder Arbeitslosigkeit bestehen bleibt, kann abgeleitet werden, dass für den Fall einer freiwilligen oder unfreiwilligen Beendigung einer beruflichen Betätigung die sich zuvor aus dieser ergebende Zuordnung solange bestehen bleibt, bis nicht eine neuerliche Betätigung begonnen wird.

Bereits zuvor hat der VwGH hat aus dem Sinn und Zweck der Bestimmung in seinem Erkenntnis vom 7.9.1989, 89/16/0067, abgeleitet, dass unter dem Begriff "keiner Berufsgruppe angehört" iSd § 68 Abs 3 FinStrG nicht die Personen des Ruhestandes

verstanden werden könnten, sodass für diese jener Senat zuständig ist, der unmittelbar vor Beendigung der Berufsausübung (des früheren Berufes) zuständig gewesen wäre.

Es ist nun kein sachlicher Grund zu erkennen, warum etwa in diesem Punkte zwischen selbstständigen und unselbstständigen Berufen zu unterscheiden wäre.

Daraus folgt, dass im gegenständlichen Fall die letzte berufliche Betätigung des Beschuldigten, sein Handelsgeschäft am X-Platz in Wien, von Relevanz verbleibt und sein Finanzstraffall vor einem Spruchsenat für selbstständige Beschuldigte nach § 68 Abs. 2 lit. a FinStrG zu verhandeln ist.

Zum selben Ergebnis gelangte man auch, wollte man diese Weitergeltung im Sinne des § 68 Abs. 3 Satz 2 FinStrG, verstanden als Spezialnorm für Arbeitnehmer, nicht zur Anwendung bringen:

In diesem Fall gehörte der Beschuldigte weder der selbstständigen noch der unselbstständigen Berufsgruppe an, wofür wiederum ein Spruchsenat nach § 68 Abs. 2 lit. a FinStrG zum Einsatz zu kommen hat.

Der Spruchsenat II beim Zollamt Linz Wels, laut Geschäftsverteilung zuständig für unselbstständig berufstätige Beschuldigte, ist daher zur Verhandlung der gegenständlichen Finanzstrafsache auch sachlich nicht zuständig gewesen.

Hinsichtlich der Unzuständigkeit einer im finanzstrafbehördlichen Untersuchungsverfahren einschreitenden Finanzstrafbehörde führt § 64 Abs. 1 letzter Satz FinStrG aus, dass derartige Untersuchungshandlungen nicht deswegen anfechtbar sind, weil sie von einer unzuständigen Behörde vorgenommen wurden. Dies gilt jedoch nicht für die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Fällung eines Straferkenntnisses durch einen Spruchsenat.

4. Es war daher spruchgemäß die bekämpfte Entscheidung aufzuheben und die Finanzstrafsache dem Zollamt Linz Wels als Finanzstrafbehörde zurückzustellen, damit diese an eine tatsächlich zuständige Finanzstrafbehörde weitergeleitet werden kann.

5. Bei der künftigen Entscheidungsfindung eines Spruchsenates im Sinne des § 68 Abs. 2 lit. a FinStrG wird überdies bei der Strafbemessung zu beachten sein:

5.a. Infolge der vom Amtsbeauftragten erhobenen Beschwerde gegen die Strafhöhe besteht diesbezüglich kein Verböserungsverbot.

5.b. Der Strafraum für die Gesamtgeldstrafe (von welcher noch zur Berechnung der gemäß § 21 Abs. 3 FinStrG zu verhängenden zusätzlichen Geldstrafe die bereits zu StrNr.3 ausgesprochene Geldstrafe abzuziehen ist) hat wohl laut verfügbarer Aktenlage insgesamt € 256.095,48 betragen.

Insgesamt sind somit eine Geldstrafe von € 5.500,00 (Straferkenntnis vom 12. Juli 2013) zuzüglich der nunmehrigen Zusatzgeldstrafe von € 40.000,00, ergibt insgesamt € 45.500,00, verhängt worden, das sind 17,77 % dieses gesamten Strafrahmens.

Die zusätzliche Geldstrafe ist daher offenbar durchaus sehr milde ausgefallen, wohl geschuldet den ungünstigen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen beim Beschuldigten.

An Ersatzfreiheitsstrafen für diese beiden Geldstrafen sind jedoch 25 Tage (Straferkenntnis vom 12. Juli 2013) und nunmehr zusätzlich 80 Tage, somit insgesamt 105 Tage, verhängt worden.

Gemäß § 20 Abs. 2 FinStrG iVm Art 3 Abs. 2 BVG über den Schutz der persönlichen Freiheit, BGBl 1988/684, dürfen jedoch von Verwaltungsbehörden verhängte Ersatzfreiheitsstrafen, wenn eine unabhängige Behörde (hier: ein Spruchsenat) entscheidet, drei Monate nicht übersteigen.

Diese Bestimmung ist auch dann zu beachten, wenn die Ersatzfreiheitsstrafe nicht in Einem, sondern in Form mehrerer Bestrafungen verhängt wird; mit anderen Worten, die Vorschriften über die Zusatzstrafe sind auch auf zusätzliche Ersatzfreiheitsstrafen anzuwenden. Andernfalls könnte die Höchstbetragsgrenze des § 20 Abs. 2 FinStrG durch das Aufteilen der Fakten auf mehrere Verfahren unterlaufen werden (vgl. bereits OGH 21.8.2003, 15 Os 66/03).

5.c. Bei der Bemessung der Wertersatzstrafe für die durch A von B laut Observierung - so der Vorwurf - an sich gebrachten, aber von den Zollbehörden nicht sichergestellten Zigaretten wurde im gegenständlichen Verfahren dem Beschuldigten eine "teilweise", gemeint wohl anteilige Wertersatzstrafe in Höhe von € 40.000,00 vom nach § 19 Abs. 3 FinStrG relevanten gemeinen Wert der Tabakwaren in Höhe von € 86.400,00 vorgeschrieben.

Gemäß § 19 Abs. 4 FinStrG ist ein derartiger Wertersatz allen Personen, die als Täter (hier: B), anderen an der Tat Beteiligte oder Hehler (hier: A) vorsätzlich Finanzvergehen hinsichtlich der dem Verfall unterliegenden Gegenstände begangen haben, anteilmäßig aufzuerlegen, wobei gemäß § 19 Abs. 6 FinStrG die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23 FinStrG: Ausmaß der Schuld, Strafzumessungsgründe, persönliche Verhältnisse, wirtschaftliche Leistungsfähigkeit) anzuwenden sind.

Laut Stellungnahme des Amtsbeauftragten in Übereinstimmung mit der Aktenlage ist B eine Wertersatzstrafe von € 840.000,00 auferlegt worden, das sind 54 % vom gesamten Wertersatz von € 1.544.822,60 (beinhaltend auch den Wertersatz für die A übergebenen Zigaretten). Mit anderen Worten, für die hier verfahrensgegenständlichen Tabakwaren ist B bereits eine anteilige Wertersatzstrafe von € 46.656,00 vorgeschrieben worden.

Damit verbliebe für A nur mehr ein anteiliger Wertersatz nach § 19 Abs. 4 FinStrG von € 39.744,00.

Überdies wäre zusätzlich von der Verhängung eines derartigen anteiligen Wertersatzes gemäß § 19 Abs. 5 FinStrG ganz oder teilweise abzusehen, wenn der Wertersatzanteil zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis steht.

Würde die Gesamtgeldstrafe beispielsweise moderat auf € 60.000,00 erhöht, wären dies 23,43 % des gesamten Strafrahmens, wobei etwa der Gesundheitszustand des Beschuldigten und seine völlige Mittel- und Erwerbslosigkeit zur Verringerung von einem Ausgangswert von etwa € 150.000,00 geführt hätten. Auch in diesem Fall wäre in Anbetracht der Schuldkomponente die Geldstrafe noch immer weit unter der möglichen Höchststrafe von € 256.095,48 zum Ansatz gekommen. So gesehen wäre die Ausmessung eines vollen anteiligen Wertersatzes trotz der erschwerenden einschlägigen Vorstrafen, welche aber nur kleine Vorfälle betroffen haben, zumal in Anbetracht der bei A vorliegenden ungünstigen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse wohl unverhältnismäßig.

In diesem Sinne auch der Spruchsenat, wenn er im Spruch seiner Entscheidung ausdrücklich auf § 19 Abs. 5 FinStrG Bezug genommen hat.

Liegt aber eine Unverhältnismäßigkeit vor, sind gemäß § 19 Abs. 6 FinStrG bei der Bemessung der anteiligen verhältnismäßigen Wertersatzstrafe wiederum die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23 FinStrG, siehe oben) anzuwenden.

Aus der Aktenlage ist vorerst nicht erkennbar, weshalb es dabei bei der Gewichtung der einzelnen Komponenten der Bemessung zu unterschiedlichen Ergebnissen bei der Geldstrafe und der anteiligen verhältnismäßigen Wertersatzstrafe kommen sollte.

Demgemäß wäre letztere beispielsweise mit 23,43 % des verbleibenden diesbezüglichen Rahmens von € 39.744,00 (unter der Annahme, dass die Verteilung des Wertersatzes zwischen dem Abgabenhinterzieher und dem Abgabenhehler korrekt gewesen ist) zu bemessen, womit sich eine Wertersatzstrafe von etwa gerundet € 9.000,00 ergäbe.

### **Zur Zulässigkeit der Revision**

Gegen diese verfahrensleitende Verfügung ist eine abgesonderte Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a Abs. 3 Verwaltungsgerichtshofgesetz nicht zulässig. Sie könnte erst in einer Revision gegen das die Rechtssache erledigende Erkenntnis des Bundesfinanzgerichtes angefochten werden.

Linz, am 14. Juni 2016



