



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAAT

---

Außenstelle Feldkirch  
Finanzstrafsenat 3

GZ. FSRV/0007-F/02

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat Feldkirch 3 als Organ des unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden HR Dr. Richard Tannert, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Doris Schitter sowie die Laienbeisitzer KammR Ignaz Hiller und KR Peter Latzel als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen H wegen Schmuggel gemäß § 35 Abs. 1 lit. a 3. Fall des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Amtsbeauftragten vom 11. Dezember 2002 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates I beim Hauptzollamt Feldkirch als Organ des Hauptzollamtes Feldkirch vom 2. Dezember 2002, StrNr. 2002/00033-001, nach der am 10. Mai 2004 in Abwesenheit des Beschuldigten, jedoch in Anwesenheit des Amtsbeauftragten Mag. Harald Zlimník sowie der Schriftführerin Veronika Pfefferkorn durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **stattgegeben** und der angefochtene Bescheid wie folgt abgeändert:

H ist schuldig, er hat vorsätzlich

- a.) am 31. Mai 2000 anlässlich seiner Einreise über das Zollamt Meiningen einen PKW der Marke "Ford Mondeo", ST 200, 2500 ccm, 204 PS, Farbe blau, FIN: WFOFXXGBB XM 59097, im Werte von € 29.838,71, welchen er zuvor beim A CH gestohlen hatte, unter Verwendung widerrechtlich angeeigneter Kennzeichtafeln und ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebbracht und somit der zollamtlichen Überwachung entzogen,
- b.) am 13. Juni 2000 anlässlich seiner Einreise über ein nicht bekanntes Zollamt einen Revolver der Marke "Astra 250", Kaliber 38, brüniert, Nr. 219391, im Werte von € 319,67, welchen er bei einem Einbruch in die Diskothek A entwendete, ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebbracht und somit der zollamtlichen Überwachung entzogen,
- c.) am 30. Oktober 2000 anlässlich seiner Einreise über ein nicht bekanntes Zollamt einen Luftbefeuchter der Marke "Tool-Air" im Werte von € 415,51, welchen er im Jahre 1998 seinem

ehemaligen Arbeitgeber, der Fa. T, gestohlen hatte, ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebracht und somit der zollamtlichen Überwachung entzogen,

d.) am 19. Februar 2001 anlässlich seiner Einreise über das Zollamt Tisis ein Schweizer Sturmgewehr 2000 mit der Schaft-Nr. 477.79.454.114, Lauf Nr. A 2140220, Schlageneinrichtung Nr. 220, Führungsstück Nr. 223, einem Magazin und diversen Unterlagen zur Waffe im Werte von € 1.690,27, ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebracht und somit der zollamtlichen Überwachung entzogen, sowie

e.) in der Nacht zum 16. März 2001 anlässlich seiner Einreise über das Zollamt Hohenems einen PKW der Marke "Lotus Esprit V8-SE", FIN: SCCDC082441HD10252, 280 kW, im Werte von € 54.683,94, welchen er zuvor vom Fahrzeugpark der Fa. M., gestohlen hatte, unter Verwendung der damals für seinen PKW zugelassenen Kennzeichentafeln ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebracht und somit der zollamtlichen Überwachung entzogen.

Die auf diesen Waren lastenden Eingangsabgaben (Zoll € 8.472,13 und EUSt € 19.084,10) betragen insgesamt € 27.556,23.

Er hat hiedurch Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs.1 lit.a 3. Fall FinStrG begangen.

Gemäß § 35 Abs.4 iVm § 21 Abs.1 und 2 FinStrG wird daher über ihn eine **Geldstrafe** in Höhe von

**€20.000,--**

(in Worten: Euro zwanzigtausend)

und für den Fall der Uneinbringlichkeit derselben gemäß § 20 FinStrG eine **Ersatzfreiheitsstrafe** von

**einem Monat**

verhängt.

Gemäß § 19 Abs.1 lit. a und b, Abs.3 FinStrG wird statt auf Verfall der oben beschriebenen geschmuggelten Gegenstände auf von H zu leistenden **Wertersatz** in Höhe deren Verkehrswertes von insgesamt

**€114.504,32**

(in Worten: Euro einhundertvierzehntausendfünfhundertundvier

und zweiunddreissig Cent)

erkannt, wobei die für den Fall der Uneinbringlichkeit der Wertersatzstrafe gemäß § 20 FinStrG vorzuschreibende **Ersatzfreiheitsstrafe** mit

**zwei Monaten**

festgesetzt wird.

Gemäß § 185 Abs.1 lit.a FinStrG hat H die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von pauschal **€363,--** (in Worten: Euro dreihundertsechzigunddrei) und die Kosten des Strafvollzuges zu tragen; die Höhe der Kosten des Strafvollzuges wird gegebenenfalls durch gesonderten Bescheid festgesetzt werden.

### **Entscheidungsgründe**

Mit Erkenntnis vom 2. Dezember 2002, StrNr. 2002/00033-001, hat der Spruchsenat I beim Hauptzollamt Feldkirch als Organ des Hauptzollamtes [nunmehr: Zollamtes] Feldkirch als Finanzstrafbehörde erster Instanz das gegen den Beschuldigten wegen des Verdachtes des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG eingeleitete Finanzstrafverfahren gem. § 136 [ergänze offenbar: iVm § 82 Abs.3 lit.c 3. Alternative] FinStrG eingestellt.

Begründet wurde die Entscheidung im Wesentlichen damit, Beschuldigte seien aufgrund des Verbotes des Zwanges zur Selbstbelastung nicht verhalten, Waren, die sie unredlich erworben haben, anlässlich der Einreise ins Zollgebiet der Gemeinschaft zu deklarieren. Eine Deklarationspflicht käme einem Zwang zur Selbstbelastung gleich, was wiederum dem aus Art. 90 Abs. 2 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG) abzuleitenden Verbot, den Beschuldigten zum Beweissubjekt im Strafverfahren zu machen und zu einer aktiven Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung, insbesondere ihn zu selbstbelastenden Aussagen zu gewinnen, widerspreche.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Amtsbeauftragten vom 3. Dezember 2002, wobei zusammengefasst wie folgt vorgebracht wurde:

Der Spruchsenat habe rechtsirrig angenommen, der Antragsteller habe im Zuge der Überführung einer Ware in den zollrechtlich freien Verkehr dem Zollbeamten gegenüber auch die redliche Herkunft einer Ware nachzuweisen.

Im gegenständlichen Fall sei es dem Beschuldigten aufgrund seines durch Diebstahl oder Veruntreuung erworbenen Besitzes nicht möglich gewesen, Rechnungen vorzulegen. Da es

im Zollverfahren aber nicht unbedingt notwendig ist, Rechnungen vorzulegen, hätte der Beschuldigte bei Angabe eines realistischen Wertes davon ausgehen können, dass der Zollbeamte diesen als Bemessungsgrundlage heranzieht. Dem Zollbeamten gehe es nicht darum, auf welche Weise eine Ware erworben worden ist. Der Spruchsenat habe daher rechtsirrig angenommen, dass der Beschuldigte bei der Warenanmeldung die verbrecherische Herkunft der Waren offen legen hätte müssen.

Die Anwendung dieser Rechtsmeinung hätte in weiterer Konsequenz zur Folge, dass sich ein Dieb [in der Lage des H] ungerechtfertigt der finanzstrafrechtlichen Verfolgung wegen Schmuggels entziehen könnte bzw. eine mildere Entscheidung zu erwarten hätte. Damit wären aber jene, die einzuführende Waren redlich erworben haben, krass benachteiligt.

***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

Eingangs ist festzustellen, dass der Beschuldigte trotz ordnungsgemäß ausgewiesener Übernahme der Ladung zur mündlichen Verhandlung ohne Angabe von Gründen nicht erschienen ist. Bereits in der Ladung wurde er darauf aufmerksam gemacht, dass ein gegen ihn nach Fremdenrecht (§ 36 Abs. 1 und 2 Z 1 Fremdengesetz 1997) bestehendes Aufenthaltsverbot nur dann als Verhinderungsgrund für eine Teilnahme an der mündlichen Verhandlung anzusehen ist, wenn ein entsprechender Antrag auf befristete Wiedereinreise von der zuständigen Bezirkshauptmannschaft Feldkirch abgelehnt wird.

Da der Beschuldigte aber entgegen der ausdrücklichen Rechtsbelehrung diesen Antrag nicht einmal gestellt hat, stellt auch das bestehende Aufenthaltsverbot der Durchführung der mündlichen Verhandlung in Abwesenheit nicht entgegen.

Mit Schreiben vom 1. August 2001 setzte die Kriminalabteilung des Landesgendarmeriekommandos Vorarlberg das Hauptzollamt Feldkirch davon in Kenntnis, dass sich der Beschuldigte zahlreicher Diebstähle schuldig gemacht hat. Die gestohlenen Waren wurden vom Beschuldigten ohne Durchführung eines Zollverfahrens in das Gebiet der Gemeinschaft eingebracht.

Mit Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 24. Oktober 2001, 10 Hv 1038/01m, wurde der Beschuldigte hinsichtlich dieser Diebstähle des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten gewerbsmäßig schweren Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 127, 128 Abs. 1 Z 4, 129 Z 1 und 2, 130 zweiter Fall und § 15 Strafgesetzbuch (StGB) verurteilt. Das Urteil ist in Rechtskraft erwachsen.

Dabei handelt es sich im Einzelnen um folgende Sachverhalte:

Der Beschuldigte hat am 31. Mai 2000 anlässlich seiner Einreise über das Zollamt Meiningen eine PKW der Marke Ford Mondeo, St 200, FIN: WFOFXXGBB XM 59097, im Wert von € 29.838,71, welchen er zuvor beim A CH gestohlen hatte, unter Verwendung widerrechtlich angeeigneter Kennzeichentafeln und ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebracht.

Am 13. Juni 2000 hat der Beschuldigte anlässlich seiner Einreise über ein nicht bekanntes Zollamt einen Revolver der Marke "Astra 250", Kaliber 38, brüniert, Nr. 219391, im Werte von € 319,67, welchen er bei einem Einbruch in die Diskothek A entwendet hatte, ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebracht.

Am 30. Oktober 2000 hat der Beschuldigte anlässlich seiner Einreise über ein nicht bekanntes Zollamt einen Luftbefeuchter der Marke "Tool-Air" im Werte von € 415,51, welchen er im Jahre 1998 seinem ehemaligen Arbeitgeber, der Fa. T, gestohlen hatte, ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebracht.

Am 19. Februar 2001 hat der Beschuldigte anlässlich seiner Einreise über das Zollamt Tisis ein Schweizer Sturmgewehr 2000 mit der Schaft-Nr. 477.79.454.114, Lauf Nr. A 2140220, Schlaganrichtung Nr. 220, Führungsstück Nr. 223, einem Magazin und diversen Unterlagen zur Waffe im Werte von € 1.690,27, ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebracht.

In der Nacht zum 16. März 2001 hat der Beschuldigte anlässlich seiner Einreise über das Zollamt Hohenems einen PKW der Marke "Lotus Esprit V8-SE", FIN: SCCDC082441HD10252, 280 kW, im Werte von € 54.683,94, welchen er zuvor vom Fahrzeugpark der Fa. M., gestohlen hatte, unter Verwendung der damals für seinen PKW zugelassenen Kennzeichentafeln ohne Anmeldung in das Zollgebiet der Gemeinschaft eingebracht.

Der Beschuldigte ist hinsichtlich aller Fakten geständig.

Gem. § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG macht sich des Schmuggels schuldig, wer eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich der zollamtlichen Überwachung entzieht.

Gemäß Artikel 203 Abs. 1 Zollkodex (ZK) entsteht eine Zollschuld, wenn eine einfuhrabgabepflichtige Ware der zollamtlichen Überwachung entzogen wird.

Gemäß Abs. 2 dieser Gesetzesstelle entsteht die Zollschuld in dem Zeitpunkt in dem die Ware der zollamtlichen Überwachung entzogen wird.

Zollschuldner sind nach Art. 203 Abs. 3, 1. Anstrich ZK die Person, welche die Ware der zollamtlichen Überwachung entzogen hat sowie gemäß 2. Anstrich der Gesetzesstelle die Personen, die an dieser Entziehung beteiligt waren, obwohl sie wussten oder billigerweise wissen hätten müssen, dass sie die Ware der zollamtlichen Überwachung entziehen.

Waren, die nach Maßgabe des Art. 38 Abs. 1 Buchstabe a) ZK bei der Zollstelle oder einem anderen von den Zollbehörden bezeichneten oder zugelassenen Ort eintreffen, sind nach Art. 40 ZK von der Person zu gestellen, welche die Waren in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht hat oder die gegebenenfalls die Beförderung der Waren nach dem Verbringen übernimmt.

Nach Art. 4 Z 19 ZK ist Gestellung die Mitteilung an die Zollbehörden in der vorgeschriebenen Form, dass sich die Waren bei der Zollstelle oder einem anderen von den Zollbehörden zugelassenen Ort befinden.

Zur Gestellung ist es gemäß § 37 erster Satz Zollrechts-Durchführungsgesetz (ZollR-DG) ausreichend, dass Waren auf verkehrsübliche Weise befördert werden und das einschreitende Zollorgan daher von ihrem Vorhandensein ohne Schwierigkeiten Kenntnis erlangen kann.

Strittig ist im gegenständlichen Fall, ob die Pflicht der Gestellung auch für unredlich erworbene Waren gilt oder ob die Erfüllung der Anmeldungspflicht infolge krimineller Beschaffung der Waren dem Verbot des Zwanges der Selbstbelastung zuwiderlaufen würde.

Der Spruchsenat des Hauptzollamtes Feldkirch ist in seiner Entscheidung vom 22. November 2002 zur Ansicht gelangt, dass Waren krimineller Herkunft von der Anmeldungsverpflichtung ausgenommen sind. Aus Art. 90 Abs. 2 B-VG sei abzuleiten, dass der Beschuldigte nicht zum Beweissubjekt im Strafverfahren gemacht werden kann und er daher auch nicht zu einer aktiven Mitwirkung an der Sachverhaltsfeststellung, insbesondere zu selbstbelastenden Aussagen gezwungen werden kann.

Dies hätte jedoch zur Folge, dass anlässlich der Einreise eine Deklaration der Waren unmöglich wird, da der Beschuldigte dabei im gegenständlichen Fall die zweifelhafte Herkunft der mitgeführten Waren preisgeben müsste und er dadurch mit einer gemäß § 48a Abs.4 lit.b BAO iVm. § 84 StPO gebotenen Anzeige wegen des Verdachtes gerichtlich strafbarer Handlungen zu rechnen hätte.

Diese Argumentation ist zwar klug durchdacht, aber unzutreffend.

Zutreffend ist die grundsätzliche Überlegung des Erstsenates, dass niemand verpflichtet werden kann, sich mittels Abgabenerklärungen selbst zu belasten, weshalb insoweit unrichtige oder fehlende Angaben nicht strafbar sein können. Dieser Umstand ist jedoch als Ausnahmeregel streng zu interpretieren: Kann also beispielsweise ein Abgabepflichtiger in erforderlichen Anbringen bei einer Abgabenbehörde keine zutreffenden Angaben über die Art seiner Einkunftsquelle geben, ohne sich selbst zu belasten, darf er lügen und unverfängliche, wenngleich falsche Angaben machen, wodurch eine jedenfalls zutreffende Abgabenvorschreibung ausgelöst wird. Nicht jedoch hätte er keine Verletzung seiner Anzeige- bzw. Offenlegungspflicht zu verantworten und ginge er allenfalls straffrei, wenn er sich in einem derartigen Fall entscheidet, überhaupt die Abgabenerklärung zu unterlassen.

Denkbar ist jedoch auch eine Konstellation, dass es dem Abgabepflichtigen unmöglich ist, irgendeine unverfängliche Vorgangsweise zu wählen, um seiner Verpflichtung zu entsprechen. Dies scheint hier zumindest bei allen Fakten mit Ausnahme von Pkt. c.) der Fall gewesen zu sein. Wie sollte er Waffen und gestohlene Fahrzeuge deklarieren, ohne sich nicht aufgrund der besonderen Auffälligkeiten gleichsam selbst wegen seiner Diebstähle den Behörden zu stellen?

Aufgelöst wird dieses rechtliche Spannungsfeld jedoch durch den Umstand, dass bei den obgenannten Fällen der Deklarationspflicht in Steuererklärungen der Abgabepflichtige bei diesen zeitnah keine Dispositionsmöglichkeit mehr hat: Der Abgabenanspruch ist mit Ablauf des Kalenderjahres bereits unveränderlich entstanden.

Anders ist es jedoch bei einem offenbar berufsmäßigen Dieb, welcher abwägt, heimlich Diebesbeute in das Zollgebiet der Gemeinschaft zu verbringen und der weiß, dass er dabei diese eingangsgabepflichtigen Waren der zollamtlichen Überwachung entziehen muss und wird. Er braucht ja einfach nur die Entscheidung zu treffen, bei seiner Einreise in das Gemeinschaftsgebiet diese Waren nicht mitzunehmen, dann hat er nicht das Problem, bei gebotener ordnungsgemäßer Deklarierung sich mit den von ihm begangenen gerichtlich strafbaren Handlungen selbst zu belasten.

Ein gesetzlich gedeckter Rechtsanspruch eines Einbrechers auf Freizügigkeit des Verkehrs mit Beutegut ist dem Senat nicht bekannt. Im Gegenteil, aus dem geschaffenen Normengebäude der Republik Österreich bzw. die Europäischen Gemeinschaft ist zweifellos abzuleiten, dass diese keinerlei Interesse an der Förderung von Einfuhren gestohlener Gegenstände hegen.

Im Übrigen ist es im Zollverfahren nicht unbedingt notwendig, Rechnungen über den Ankauf der ins Zollgebiet einzuführenden Waren vorzulegen. Der Zollwert einer Ware kann auch

grundsätzlich durch andere Ermittlungsmethoden (Transaktionswert gleicher Waren, gleichartiger Waren, errechneter Wert aus den verwendeten Materialien mit Hinzurechnungskosten und Schlussmethode – Schätzung) festgestellt werden. Bei Anmeldung eines realistischen Wertes durch den Beschuldigten hätte – bis auf jene Fälle, bei denen der Beschuldigte Waffen eingeführt hat – der Zollbeamte durchaus diesen Wert als Bemessungsgrundlage annehmen können.

Folgte man der Ansicht des Spruchsenates, hätte dies zur Folge, dass der Schmuggel unrechtmäßig erworbener Waren straffrei bleibt, wohingegen derjenige, der rechtmäßig erworbene Waren bei der Einreise nicht erklärt, den Tatbestand eines Finanzvergehens verwirklicht.

Der Beschuldigte hat daher den Tatbestand des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG sowohl in objektiver als auch in subjektiver Hinsicht verwirklicht, ohne dass ein Schuld- oder Strafausschließungsgrund vorliegen würde.

Bei der Strafbemessung, die nach den Bestimmungen des § 35 Abs. 4 FinStrG (der Strafrahmen für die Geldstrafe beträgt € 55.112,44) zu erfolgen hatte, waren mildernd die bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenseit des Beschuldigten und sein Geständnis, erschwerend die Mehrzahl der deliktischen Angriffe.

Unter Bedachtnahme auf die dem Senat bekannten persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Beschuldigten (in Österreich flüchtig und mittellos, hohe Schulden) ist eine Geldstrafe von € 20.000,-- tat- und schuldangemessen.

Dieselben Argumente gelten auch für die Ausmessung der Ersatzfreiheitsstrafe, die sich auf die Bestimmungen der §§ 35 Abs. 4 iVm. § 20 FinStrG gründet. Der Umstand der schlechten finanziellen Situation des Beschuldigten ist ohne Relevanz, da die Ersatzfreiheitsstrafe ja gerade für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe vorzuschreiben ist.

Gemäß § 35 Abs. 4 iVm. § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG ist auch auf Verfall der Tatgegenstände zu erkennen.

Mangels Verfügbarkeit der gestohlenen Gegenstände ist statt eines Verfalles gemäß § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG eine Wertersatzstrafe auszusprechen, welche sich nach der Höhe des Verkehrswertes der Waren bemisst. Dieser Wertersatz steht zur Bedeutung der Tat und zu dem den Beschuldigten treffenden Vorwurf auch nicht außer Verhältnis.

Hinsichtlich der Ausmessung der diesbezüglichen Ersatzfreiheitsstrafe ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die Bestimmungen des § 185 Abs.1 lit.a FinStrG, wonach pauschal ein Kostenersatz im Ausmaß von maximal € 363,-- festzusetzen war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 164 FinStrG ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht dem Beschuldigten aber das Recht zu, gegen diesen Bescheid binnen sechs Wochen nach dessen Zustellung Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof und/oder beim Verfassungsgerichtshof zu erheben. Die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt unterschrieben sein. Die Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof muss – abgesehen von den gesetzlich bestimmten Ausnahmen – von einem Rechtsanwalt oder einem Wirtschaftsprüfer unterschrieben sein.

Gemäß § 169 FinStrG wird zugleich dem Amtsbeauftragten das Recht der Erhebung einer Beschwerde beim Verwaltungsgerichtshof eingeräumt.

### **Zahlungsaufforderung**

Die Geldstrafe, die Wertersatzstrafe und die Kosten des Finanzstrafverfahrens sind gemäß § 171 Abs. 1 und § 185 Abs. 4 FinStrG binnen eines Monates nach Rechtskraft dieser Entscheidung fällig und mittels eines gesondert zugehenden Erlagscheines auf das Postsparkassenkonto des Zollamtes Feldkirch zu entrichten, widrigenfalls Zwangsvollstreckung durchgeführt und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bzw. der Wertersatzstrafe die Ersatzfreiheitsstrafen vollzogen werden müssten.

Feldkirch, 10. Mai 2004

Der Vorsitzende:

HR Dr. Richard Tannert