



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat 7

GZ. FSRV/0016-W/11

Berufungsentscheidung

Der Unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch das Mitglied des Finanzstrafsenates 7, Hofrat MMag. Dr. Roland Schönauer, in der Finanzstrafsache gegen Bw., kfm. Angestellter, geb. xxx in Wien, whft. xx, vertreten durch B., Rechtsanwalt, yy, wegen des Finanzvergehens der vorsätzlichen Abgabenhhehlerei und der vorsätzlichen Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 5. Jänner 2011 gegen das Erkenntnis des Zollamtes Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 7. Dezember 2010, Zl. 100000/90.097/2008-AFB/Ni, StrafNr. 100000/2006/00316-001, zu Recht erkannt:

Der Berufung wird **teilweise Folge gegeben** und der Spruch des Erkenntnisses wie folgt abgeändert:

I. Bw. ist schuldig; er hat im Zeitraum bis 7. März 2001 im Bereich des Zollamtes Wien Sachen, die zugleich auch Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich

200 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“,
2.940 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“,
2.740 Stück Zigaretten der Marke „HB“ und
2.860 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“,

hinsichtlich welcher zuvor von bislang unbekannten Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem vorsätzlichen Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols nach §§ 35 Abs.1 lit.a und 44 Abs.1 lit.a FinStrG begangen wurden, von M.B. angekauft und dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37

Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG begangen (Strafhöchstgrenze mit den Eingangsabgaben Zoll, Einfuhrumsatzsteuer, Tabaksteuer und der Bemessungsgrundlage für das Monopoldelikt nach § 46 Abs.2 iVm § 44 Abs.2 FinStrG laut nachfolgender Begründung, insbesondere Tabelle 2: 4.043,88 €).

Gemäß §§ 21, 23, 37 Abs.2 und 46 Abs.2 FinStrG wird über ihn eine Geldstrafe in Höhe von **600,- €** verhängt und gemäß § 20 FinStrG für den Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von **2 Tagen** festgesetzt.

Gemäß §§ 37 Abs.2, 46 Abs.2 iVm § 17 FinStrG wird auf **Verfall** dieser Zigarettenmenge erkannt.

Gemäß § 185 FinStrG sind die Kosten des Strafverfahrens mit **60,- €** und die gesondert festzusetzenden Kosten eines allfälligen Strafvollzugs zu ersetzen.

II. Bezüglich der im Erkenntnis darüber hinaus angelasteten Mehrmenge von

11.200 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“,
10.060 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“,
60 Stück Zigaretten der Marke „HB“ und
140 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“

liegt gemäß §§ 31 und 98 Abs.3 FinStrG keine Strafbarkeit vor und ist daher keine Geldstrafe, Verfallsstrafe, Wertersatzstrafe, Ersatzfreiheitsstrafen oder Kostenersatz aufzuerlegen.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 7. Dezember 2010, Zl. 100000/90.097/2008-AFB/Ni, hat das Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz den Bw. (Berufungswerber, im Folgenden: Bw.) nach §§ 37 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG für schuldig erkannt, weil er im Zeitraum Jänner 2001 bis Februar 2001 im Bereiche des Zollamtes Wien Sachen, die zugleich auch Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich

11.400 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“,
13.000 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“,
2.800 Stück Zigaretten der Marke „HB“ und
3.000 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“,

hinsichtlich welcher zuvor von bislang unbekannten Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem vorsätzlichen Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols nach §§ 35/1a und 44/1b FinStrG begangen wurden, von bislang unbekannten Tätern angekauft und weiterverhandelt und dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37/1a und 46/1a FinStrG begangen habe. Mit den Eingangsabgaben Zoll 1.125,63 €, Einfuhrumsatzsteuer 1.124,14, Tabaksteuer 2.541,27 € und der Bemessungsgrundlage für das Monopoldelikt nach § 46/1 iVm § 44/2 FinStrG ergab sich eine Strafhöchstgrenze von 14.258,58 €. Gemäß §§ 21, 37/2 und 46/2 FinStrG wurde über ihn eine Geldstrafe in Höhe von 1.400,- € verhängt und gemäß § 20 FinStrG für den Nichteinbringungsfall eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 Tagen festgesetzt. Gemäß §§ 37/2, 46/2 iVm § 17 FinStrG wird auf Verfall von 2.740 Stück Zigaretten der Marke „HB“, 2.940 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“, 2.860 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“ und 200 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“ erkannt. Gemäß § 19/1, 5 und 6 FinStrG wurde für 140 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“, 60 Stück Zigaretten der Marke „HB“, 11.200 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“ und 10.060 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“ statt auf Verfall auf anteilmäßigen Wertersatz in der Höhe von 1000,- € erkannt und die Ersatzfreiheitsstrafe dafür mit 2 Tagen festgesetzt. Gemäß § 185 FinStrG wurden die Kosten des Strafverfahrens mit 140,- € festgesetzt und die Kosten eines allfälligen Strafvollzugs auferlegt.

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass der Bw. im Zuge polizeilicher Ermittlungen im Zusammenhang mit Suchtmittelvergehen am 7.3.2001 festgenommen worden war und bei der Amtshandlung in seinem PKW 200 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“ und an seiner damaligen Wohnanschrift 140 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“ und 60 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“ vorgefunden und sichergestellt wurden. Der Bw. erklärte, dass er in der Wohnung und im Kellerabteil des P.S., über die er verfügungsberechtigt war, noch weitere Zigaretten gelagert habe. Bei einer freiwillig gestatteten Nachschau wurden dort tatsächlich im Kellerabteil 2.800 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“, 2.400 Stück Zigaretten der Marke „HB“ und 2.800 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“ und in der Wohnung 340 Stück Zigaretten der Marke „HB“ vorgefunden und sichergestellt. In einer Vernehmung durch Polizeiorgane am selben Tag habe er zugegeben, innerhalb der letzten 2 bis 3 Monate insgesamt ca. 150 Stangen Zigaretten der o.a. Marken zum Preis von 220,- bis 250,- ATS von einem Mann namens M.B. („M“) gekauft zu haben, die er fallweise an Arbeitskollegen oder Freunde zum selben Preis weitergab und den Rest, ca. die Hälfte, habe er selbst geraucht bzw. wurde eben noch vorgefunden. Im Zuge weiterer Vernehmungen durch Zollorgane am 9.3.2001 und 17.11.2005 führte er weiter aus, dass er erstmals im

Jänner 2001 von M 10.000 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“ und 10.000 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“ gekauft und am selben Tag an S. weitergegeben habe. Im Februar 2001 habe er von M weitere 2.600 Stück Zigaretten der Marke „HB“, 3.000 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“, 3.000 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“ und 1.400 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“ gekauft. Ihm sei bewusst gewesen, dass es sich um Schmuggelware handelte und der Ankauf solcher Zigaretten verboten sei.

Aufgrund dieses Sachverhalts erging am 5.4.2006 ein Einleitungsbescheid des Zollamtes Wien gemäß § 83 Abs.1 FinStrG wegen des Verdachts der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei nach §§ 37 Abs.1 lit.a und 46 Abs.1 lit.a FinStrG mit 11.400 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“, 13.000 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“, 2.600 Stück Zigaretten der Marke „HB“ und 3.000 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“. Eine dagegen an den Unabhängigen Finanzsenat (UFS) erhobene Beschwerde wurde mit Entscheidung vom 13.12.2007 abgewiesen. Am 18.2.2008 erging gemäß § 143 FinStrG eine Strafverfügung der Finanzstrafbehörde I. Instanz, mit der eine Geldstrafe in Höhe von 1500,- € und eine Wertersatzstrafe von 3.364,10 € auferlegt und auf Verfall der beschlagnahmten Zigaretten erkannt worden war. Dagegen hatte der Bw. durch seinen Rechtsvertreter Einspruch erhoben, in dem die Qualifikation der tatgegenständlichen Zigaretten als Tabakwaren in Frage gestellt und eine diesbezügliche Überprüfung der Zigaretten beantragt worden war. Diese wurde bei der X. bzw. Y. durchgeführt und führte zum Ergebnis, dass die Zigaretten der Marke „HB“ Originalzigaretten und die Zigaretten der Marken „Marlboro“ und „Marlboro Lights“ zwar gefälscht, jedoch unter Verwendung echter Tabakblätter hergestellt wurden.

Aufgrund des Einspruchs und nach Verzicht auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung erging das Erkenntnis mit den eingangs erwähnten Strafen. Bezüglich der Menge an Zigaretten der Marke „HB“ wurde nach nochmaliger genauer Zählung eine Korrektur von 2.600 Stück auf 2.800 Stück vorgenommen. Der Bw. habe bei diesen Malversationen wissentlich und willentlich gehandelt, über die Einstufung der tatgegenständlichen Waren als Zigaretten könne aufgrund der Überprüfungsergebnisse und des Umstandes, dass solche ohne Tabak hergestellte Waren niemals als Rauchwaren abgesetzt werden könnten, kein Zweifel bestehen. Daher sei der Bw. bezüglich der angelasteten Menge im Sinne der §§ 37 und 46 FinStrG als Vorsatztäter schuldig geworden und innerhalb des sich gemäß diesen Bestimmungen ergebenden Strafrahmens zu bestrafen, wobei die beschlagnahmte Menge für verfallen und für die nicht mehr greifbaren Mengen eine anteilige Wertersatzstrafe sowie aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen die Ersatzfreiheitsstrafe und der Kostenersatz aufzuerlegen sei.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 5.1. 2011 (Postaufgabe), mit der er das Erkenntnis zur Gänze anfechtet und im Wesentlichen Folgendes vorbringt: das Verfahren mit dem Ergebnis, wonach er im Zeitraum Jänner/Februar 2001 mit der inkriminierten Zigarettensmenge die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei begangen habe und daher über ihn eine Geldstrafe von 1.400,- €, ein anteilmäßiger Wertersatz in Höhe von 1.000,- € sowie der Verfall und ein Kostenersatz von 140,- € ausgesprochen wurden, sei mangelhaft geblieben. Es fehle an der Feststellung, dass die Ware überhaupt widerrechtlich nach Österreich gekommen sei, er selbst habe nie gesagt, dass dies sicher oder wahrscheinlich sei. Er wisse nicht bzw. habe die Erstbehörde nicht festgestellt, wie der Veräußerer an die Ware gelangt sei. Die vorgenommene Beweismwürdigung und daraus resultierende Erkenntnisbegründung sei in Hinblick auf §§ 45 Abs.2, 60 und 58 Abs.2 AVG mangelhaft, da schon die Sachverhaltsdarstellung lückenhaft sei und damit die Beweismwürdigung und das rechtliche Ergebnis unzutreffend sein müssen. Laut einem beigelegten Informationsschreiben seines Rechtsvertreters habe dieser im Jänner 2010 mit den zuständigen Beamten die Sach- und Rechtslage erörtert und man sei zu dem Ergebnis gelangt, dass eine Bestrafung nur hinsichtlich jener Zigaretten vorzunehmen sei, die beschlagnahmt wurden, wobei eine Strafe von 500,- € in Aussicht genommen wurde. Aufgrund dieser Argumente stellte der Bw. den Antrag, das angefochtene Erkenntnis, in eventu nach Durchführung der angebotenen Beweise, aufzuheben und das Verfahren zur Einstellung zu bringen.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Dem Finanzstrafverfahren liegt der Sachverhalt zugrunde, dass im Zuge von sicherheitsbehördlichen Ermittlungen und einer dazu ab November 2000 durchgeführten Telefonüberwachung der Verdacht bestand, dass S. u.a. auch geschmuggelte Zigaretten in großem Ausmaß verhandelt. So ist in einem Telefongespräch zwischen S und Bw am 10.1.2001 von Kartons zu je 50 Stangen Zigaretten die Rede, weiters von Stangenpreisen in Höhe von 220,- bis 250,- ATS bzw. von niedrigeren Preisen bei Abnahme von 20 Stangen. S spricht davon, Bw könne sich einen Preis über 280,- „abschminken“, denn es gäbe auch andere Anbieter solcher Waren und bestellt 2 Kartons um 12.000,- ATS (Bl. 71 d.A.). Bei einem Telefonat des Bw. mit S am 31.1.2001 spricht der Bw. davon, dass er Zigaretten brauche, worauf ihm S empfiehlt, den M, der sehr unzuverlässig sei, direkt anzurufen (Bl. 101 d.A.). Aber auch mit anderen Personen werden Telefonate geführt, die sich auf Zigaretten beziehen, z.B. bestellt eine gewisse A.B. 2 Stangen Marlboro bei S, dieser spricht von einer ganzen Bestellliste, die er habe (Bl. 71 d.A.), in Telefonaten am 9.2.2001 bietet S

verschiedenen Personen Zigaretten der Marken Lucky Strike, HB, Ernte, Marlboro, Marlboro Lights an (Bl. 123/124).

Am 7.3.2001 wurde bei Bw. ein gerichtlicher Haft- und Hausdurchsuchungsbefehl vollzogen. Dabei gab er zu, von dem in Wien wohnhaften Polen M B seit ca. 6 Monaten größere Mengen an geschmuggelten Zigaretten angekauft und einige davon noch im Besitz zu haben. Er gab weiters zu, die von B gelieferten Zigaretten stangenweise an S. als auch an Arbeitskollegen bei der Firma Z. aufgrund von Vorbestellungen zu verkaufen. Es wurden in seiner Wohnung, seinem Auto, in der ihm zugänglichen Wohnung des P.S. und dem Kellerabteil dazu eine vom Bw. dort versteckte größere Zahl an Zigaretten und auch leere Stangenhüllen vorgefunden und gemäß § 89 Abs.2 FinStrG beschlagnahmt. Insgesamt wurden an diesem 7.3.2001 an Zigaretten des Bw. beschlagnahmt (Zusammenstellung Bl. 160a d.A.):

14 Stangen Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“

12 Stangen Zigaretten der Marke „HB“

1 Stange Zigaretten der Marke „HB“ mit nur noch 140 Stück Inhalt

14 Stangen Zigaretten der Marke „Ernte 23“

1 Stange Zigaretten der Marke „Ernte 23“ mit nur noch 60 Stück Inhalt

1 Stange Zigaretten der Marke „Marlboro“

1 Stange Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“ mit nur noch 60 Stück Inhalt.

In der niederschriftlichen Einvernahme durch Organe der Bundespolizeidirektion Wien führte der Bw. – soweit es die Zigaretten betrifft – zusammenfassend aus, dass er S bei der Firma Z. , wo er, der Bw., als kaufmännischer Angestellter tätig sei, kennen gelernt und von ihm Suchtgift angekauft habe, schließlich habe er ihn gefragt, ob er Zigaretten brauche. Der Bw. bezog nämlich zu dieser Zeit billige Zigaretten von M.B. zum Stangenpreis 220,- bis 250 ATS, in den letzten 2 bis 3 Monaten waren es insgesamt ca. 150 Stangen der vier im Spruch aufgezählten Sorten. Die in der Wohnung und im Kellerabteil des P.S. vorgefundenen Zigaretten sind ein Teil dieser Menge, die übrigen erhaltenen Zigaretten habe er an Arbeitskollegen und Freunde weitergegeben bzw. selbst verraucht. Im Jänner 2001 habe S 100 Stangen Marlboro/Marlboro Lights bestellt und dem Bw. 23.500,- ATS übergeben. Die Zigaretten wurden von B über Bw dem S übergeben, der 70 Stangen davon aber an B zurückgab, da diese Zigaretten „nicht zu rauchen“ seien. Die übrigen 30 Stangen hatte S offenbar schon weiterverkauft. Der Bw. selbst erhielt von B nochmals eine Lieferung von 70 Stangen. In weiterer Folge fuhren die 3 Personen nach Bratislava, wo B über seinen „Hintermann“ offenbar Cocain-Übergaben an S anbahnen wollte.

In einer weiteren niederschriftlichen Einvernahme durch Organe der Zollfahndung Wien am 9.3. 2001 bestätigte bzw. präzierte sich dieses aus der Telefonüberwachung und der Einvernahme vom 7.3. 2001 gewonnene Bild, wonach der Bw. im Jänner 2001 von B 50 Stangen Zigaretten der Marke Marlboro und 50 Stangen „Marlboro Lights“ ausländischer Herkunft bezogen und sofort weitergegeben hatte. Im Februar 2001 bezog er weitere 50 Stangen, aufgeteilt auf 1.400 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“, 3.000 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“, 2.600 Stück Zigaretten der Marke „HB“ und 3.000 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“, einige davon schon verkauft bzw. selbst verraucht. Die vorgefundenen Leerröhren stammten aus früheren Auslandsfahrten als Reisefreimenge, die er zur Aufbewahrung von Christbaumschmuck verwendet hatte. Ihm sei die Rechtswidrigkeit dieses Handelns bewusst gewesen, er habe aber die Zigaretten ohne Gewinnaufschlag weitergegeben.

Auch die niederschriftliche Einvernahme des P.S. durch Organe der Zollfahndung Wien am 15.3. 2001 fügte sich in das bisher gewonnene Bild vom Verhandeln und Rauchen solcher Zigaretten durch die Personen Bw , P.S. und S ein.

Der am 10.10.2005 einvernommene polnische Staatsbürger B stellte den Zigarettenhandel mit Bw und S in Abrede. Er bestätigte zwar die Fahrt der drei Personen nach Bratislava und erklärte, dass der Bw. ihn bei diesem Bratislava-Aufenthalt gefragt habe, ob er, B , nicht in seinem Auto Zigaretten schmuggeln wolle, B wollte aber mit so etwas nichts zu tun haben und blieb trotz des Vorhaltes, dass er aufgrund bisheriger Ermittlungsergebnisse Rauchwaren überbracht oder zurückgenommen haben soll, dabei, dass dies Lügen des Bw seien.

Mit diesen Aussagen konfrontiert blieb Bw am 17.11.2005 bei seinen bisherigen Aussagen und stellte entschieden in Abrede, den B zu einem Zigaretten Schmuggel von Bratislava nach Österreich angestachelt zu haben. Bezüglich der Herkunft der Zigaretten wisse er aus einer früheren Auskunft des B , dass sie in Reisebussen nach Österreich geschmuggelt und hier von B übernommen worden waren.

Auch bei einer Gegenüberstellung am 24.11.2005 blieben Bw und B bei ihren abweichenden Aussagen.

P.S. blieb in einer weiteren Einvernahme ebenfalls bei seinen bisherigen Aussagen. Er habe in seiner Wohnung die von Bw gelagerten bzw. zum Teil verrauchten Zigaretten gesehen und es war ihm klar, dass es ausländische Zigaretten waren. Woher Bw sie hatte, wusste er nicht.

S. wollte in Stellungnahmen vom 28.11. und 30.11. 2005 von Bw niemals ausländische Zigaretten bestellt oder erhalten haben, auch die angebliche Rückgabe von 70 Stangen

Zigaretten an B habe niemals stattgefunden, er kenne auch keine Person dieses Namens. Die Fahrt nach Bratislava zu dritt habe zwar stattgefunden – mit einem übergewichtigen Mann, möglicherweise könnte das B gewesen sein -, es ging dort aber um Drogen und nicht um Zigaretten. Er, S, habe zu keinem Zeitpunkt Zigaretten an irgendwelche Personen verkauft. Und da er selbst Nichtraucher sei, habe er Zigarettenangebote eines Herrn H., eines langjährigen Freundes von Bw und möglicherweise statt B der tatsächliche Lieferant der Zigaretten, des Öfteren abgelehnt. Bei diesen Aussagen blieb S auch in einer niederschriftlichen Einvernahme am 22.3.2006. Die Aussagen des Bw seien unwahr, wahrscheinlich wolle er seinen Freund H decken. Auch die Aussage des P.S., wonach er von diesem 2 Stangen Zigaretten der Marke „Ernte 23“ und 2 Stangen der Marke „Marlboro Lights“ bestellt und erhalten habe, sei unwahr. Er habe mit Zigaretten nichts zu tun gehabt, sondern mit Drogenhandel genug Geld verdient.

Aufgrund des Sachverhalts erging gegen den Bw. am 5.4.2006 ein finanzstrafrechtlicher Einleitungsbescheid gemäß § 83 Abs.1 FinStrG wegen des Verdachts, dass er bezüglich der Zigarettenmenge 11.400 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“, 13.000 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“, 2.600 Stück Zigaretten der Marke „HB“ und 3.000 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“, welche auch Monopolgegenstände sind und hinsichtlich welcher zuvor von unbekannten Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels in Tateinheit mit dem vorsätzlichen Eingriff in die Monopolrechte nach §§ 35/1a und 44/1b begangen wurden, von B gekauft und dadurch die Finanzvergehen der vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei nach §§ 37/1a und 46/1a FinStrG begangen habe. Das Zollamt stützte diese Einleitung auf die Aussagen des Bw. vor Organen der Bundespolizeidirektion Wien und des Zollamtes Wien sowie auf sonstige amtliche Ermittlungsergebnisse.

Gegen diesen Einleitungsbescheid brachte der nunmehr rechtsfreundlich vertretene Bw. Beschwerde an die Finanzstrafbehörde II. Instanz ein. Die Beschwerde wurde mit Entscheidung des UFS vom 13.12.2007 abgewiesen, im Wesentlichen mit der Begründung, dass ein ausreichender Verdacht bestehe, dass beim Bw. die objektiven und subjektiven Tatbestandsmerkmale für die beiden angelasteten Finanzvergehen gegeben seien. Für die Details darf auf die Ausführungen in dieser Entscheidung verwiesen werden (es ist nach höchstgerichtlicher Judikatur zulässig, auf die Begründung einer anderen Entscheidung zu verweisen, wenn sie der Partei inhaltlich bekannt ist, z.B. VwGH 10.4.2008, 2007/16/0007).

In der Folge erging eine Strafverfügung gemäß § 143 FinStrG, mit der für vorsätzliche Abgaben- und Monopolhehlerei mit 11.400 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro“, 13.000 Stück Zigaretten der Marke „Marlboro Lights“, 2.600 Stück Zigaretten der Marke „HB“ und

3.000 Stück Zigaretten der Marke „Ernte 23“ eine Geldstrafe in Höhe von 1.500,- €, eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Tagen, auf Verfall der in Spruchpunkt I. aufgezählten Zigaretten, auf Wertersatz in Höhe von 3.364,10 € bzw. 7 Tage Ersatzfreiheitsstrafe für die nicht ergriffenen Zigaretten und ein Kostenersatz in Höhe von 150,- € verhängt wurde.

Dagegen erhob der Bw. fristgerecht Einspruch gemäß § 145 FinStrG. Es wurde darin ausgeführt, dass es sich bei den Zigaretten um in China hergestellte Raubkopien handelt, welche aufgrund ihrer schlechten Qualität nicht verwendet werden konnten. Dazu wurde auch die zeugenschaftliche Einvernahme von S. beantragt, dass dieser bestätigen möge, er habe wegen der schlechten Qualität die Zigaretten an B zurückgegeben. Diese Zigaretten haben offenbar keinen Tabak, sondern lediglich getrocknete Pflanzenreste enthalten, weshalb auch kein Eingriff in das Monopolrecht vorliege. Ein Schmuggel liege deshalb nicht vor, da die gefälschten Zigaretten bei der Einfuhr gar nicht deklariert werden könnten, da sie sofort beschlagnahmt würden. Es mögen daher die gefälschten Produkte einer Sachverständigenüberprüfung unterzogen werden. Weiters könnten keine Eingangsabgaben anfallen, da seitens des Lieferanten betrügerisch vorgetäuscht wurde, dass es sich um Zigaretten handle.

Eine ausgewählte Probe von je 40 Stück Zigaretten der gegenständlichen Marken wurde einer solchen Analyse unterzogen. Im Wesentlichen brachten die Analysen das Ergebnis, dass bei diesen Zigaretten sehr wohl Tabakblätter zur Herstellung verwendet wurden und dass es sich teils um Fälschungen handelt (Marlboro), die nicht von der Firma Y. GmbH hergestellt wurden. Bei den Zigaretten der Marke HB handelt es sich um Originalware, hergestellt im Werk der Firma X. in A..

In weiterer Folge wurde mit Schreiben vom 30.9. 2010 auf die Durchführung einer bereits angesetzten mündlichen Verhandlung verzichtet. Daraufhin erging das eingangs beschriebene Erkenntnis der Finanzstrafbehörde I. Instanz vom 7.12. 2010 und dagegen am 5.1.2011 die Berufung, die am 21.1.2011 dem UFS als Finanzstrafbehörde II. Instanz vorgelegt wurde.

Die relevanten finanzstrafrechtlichen Bestimmungen in der anzuwendenden zeitbezogenen Fassung sind:

Gemäß § 35 Abs.1 lit.a FinStrG macht sich des Schmuggels u.a. schuldig, wer eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet (der Europäischen Union) verbringt.

Gemäß § 37 Abs.1 lit.a FinStrG macht sich der Abgabenhehlerei 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 Abs.2 wird die vorsätzliche Abgabenhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Eingangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen entfallen. ... Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

Gemäß § 46 Abs.1 lit.a FinStrG macht sich der Monopolhehlerei schuldig, wer vorsätzlich

- a) 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,
- b) ...

Gemäß Abs.2 wird die vorsätzliche Monopolhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (§ 44 Abs.2) geahndet. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

§ 44 FinStrG (idF 21.8.1996 – 31.12.2010):

Abs.1: Des vorsätzlichen Eingriffes in die Monopolrechte macht sich schuldig, wer zu seinem oder eines anderen Vorteil vorsätzlich

- a) die in den Vorschriften über das Alkoholmonopol, das Salzmonopol oder das Tabakmonopol enthaltenen Gebote oder Verbote hinsichtlich der Erzeugung, Herstellung, Gewinnung, Bearbeitung, Verwendung, Verpfändung oder Veräußerung von Monopolgegenständen oder des Handels mit Monopolgegenständen verletzt; hievon ausgenommen ist der Handel mit Tabakerzeugnissen, für die Tabaksteuer entrichtet wurde oder die von der Tabaksteuer befreit sind;
- b) Monopolgegenstände (§ 17 Abs.4) einem monopolrechtlichen Einfuhr- oder Ausfuhrverbot zuwider ein- oder ausführt.

§ 44 FinStrG (idF ab 1.1.2011 = n.F.):

Abs.1: Des vorsätzlichen Eingriffes in die Monopolrechte macht sich schuldig, wer zu seinem oder eines anderen Vorteil vorsätzlich die in den Vorschriften über das Tabakmonopol enthaltenen Gebote oder Verbote hinsichtlich des Handels mit Monopolgegenständen verletzt; hievon ausgenommen ist der Handel mit Tabakerzeugnissen, für die Tabaksteuer entrichtet wurde oder die von der Tabaksteuer befreit sind.

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.

§ 31 FinStrG:

Abs.1: Die Strafbarkeit eines Finanzvergehens erlischt durch Verjährung. Die Verjährungsfrist beginnt, sobald die mit Strafe bedrohte Tätigkeit abgeschlossen ist oder das mit Strafe bedrohte Verhalten aufhört. Gehört zum Tatbestand ein Erfolg, so beginnt die Verjährungsfrist erst mit dessen Eintritt zu laufen. Sie beginnt aber nie früher zu laufen als die Verjährungsfrist für die Festsetzung der Abgabe, gegen die sich die Straftat richtet.

Abs.2: Die Verjährungsfrist beträgt für Finanzordnungswidrigkeiten nach § 49 drei Jahre, für andere Finanzordnungswidrigkeiten ein Jahr, für die übrigen Finanzvergehen fünf Jahre.

...

Abs.4: In die Verjährungsfrist werden nicht eingerechnet:

...

b) die Zeit, während der wegen der Tat gegen den Täter ein Strafverfahren bei Gericht oder bei einer Finanzstrafbehörde anhängig ist;

...

Abs.5: Bei Finanzvergehen, für deren Verfolgung die Finanzstrafbehörde zuständig ist, erlischt die Strafbarkeit jedenfalls, wenn seit dem Beginn der Verjährungsfrist zehn Jahre verstrichen sind.

...

§ 98 FinStrG:

...

Abs.2: Tatsachen, die bei der Behörde offenkundig sind und solche, für deren Vorhandensein das Gesetz eine Vermutung aufstellt, bedürfen keines Beweises.

Abs.3: Die Finanzstrafbehörde hat unter sorgfältiger Berücksichtigung der Ergebnisse des Verfahrens nach freier Überzeugung zu beurteilen, ob eine Tatsache erwiesen ist oder nicht; bleiben Zweifel bestehen, so darf die Tatsache nicht zum Nachteil des Beschuldigten oder der Nebenbeteiligten als erwiesen angenommen werden.

Der UFS als Finanzstrafbehörde II. Instanz hat erwogen:

Der UFS sieht die objektive und subjektive Tatseite der beiden angelasteten Finanzvergehen für die im Erkenntnis des Zollamtes angeführte Zigarettenmenge als erfüllt an. Für die zu beurteilenden Vorgänge hält der UFS die aus den Niederschriften mit dem Bw. und P.S.

detailreich und zusammenfassend geschilderten, durch die Nachschau und die Protokolle aus der Telefonüberwachung gestützten Fakten für überzeugend, während die späteren leugnenden Aussagen von S und B (der im Übrigen schon durch einen früheren derartigen Vorgang der Abgaben- und Monopolhehlerei amtsbekannt war) offenbar nach längerer Überlegung getätigt wurden und in der behördlichen freien Beweiswürdigung als Schutzbehauptungen anzusehen sind. Denn in Anbetracht der abgehörten und oben zitierten Telefonate vermag es nicht zu überzeugen, dass diese beiden Personen mit Zigaretten „überhaupt nichts“ zu tun haben. Hier ist der oftmals vorkommende Umstand zu erkennen, dass bei solchen Vorgängen angesichts der Konfrontierung mit Beweismaterial und einer unmittelbaren Zugriffssituation spontan getätigte Aussagen die Wahrheit besser wiedergeben als spätere, nach reiflicher Überlegung getätigte Aussagen.

Es steht unzweifelhaft fest, dass hier unter Beteiligung eines größeren Personenkreises illegaler Zigarettenhandel betrieben wurde, wobei schon aufgrund der auffallend niedrigen Stangenpreise von maximal 250 ATS, somit einem Packungspreis von maximal 25 ATS deutlich unter den damaligen Trafikpreisen gehandelte Zigaretten umliefen (inländischer Verkaufspreis der gegenständlichen Sorten damals bei 41 und 43 ATS), bei denen es somit auszuschließen ist, dass sie regulär und mit Abgabenbelastung in Verkehr gesetzt wurden. Fotos der beschlagnahmten Zigaretten zeigen, dass die auf im EU-Raum regulär gehandelten Zigarettenpackungen aufgedruckte Warnung der EU-Gesundheitsminister betreffend die Gefahren des Rauchens fehlt. Auch die Aussagen des Bw., dass es sich um ausländische Zigaretten handelte, die in Bussen aus Bratislava mitgebracht wurden, fügen sich in dieses Bild ein. Selbst bei solchen Zigaretten, die im EU-Raum regulär hergestellt wurden (Auskunft der X. bezüglich der Sorte HB), handelt es sich offenbar um solche Produktionen, die in den Ostmarkt exportiert wurden und dann von Käufern in den EU-Raum zurückgeschmuggelt wurden, denn bei einer legalen Verbringung der Zigaretten z.B. durch einen zugelassenen Großhändler von Deutschland nach Österreich wäre ein im Tabaksteuergesetz genau geregeltes Verfahren der innergemeinschaftlichen Verbringung von verbrauchsteuerbelasteten Waren einzuhalten, bei dem schließlich unter Steuerfreilassung im Herkunftsland im Bestimmungsland die Verbrauchsteuerbelastung erfolgt, was, wie schon gesagt, aufgrund der niedrigen Schwarzhandelspreise auszuschließen ist. Woher der Bw. die Information hat, es habe sich um Falsifikate aus China gehandelt, bleibt unklar, offenbar hat er sich dabei an Medienberichten orientiert, die solche Vorgänge oftmals schildern, im Übrigen könnte ihn das auch nicht entlasten, weil er zollrechtlich betrachtet dennoch aus einem Drittland stammende Schmuggelzigaretten an sich gebracht hätte.

In diesem Zusammenhang ist überhaupt auszuführen, dass der Bw. mit der Argumentation, dass es sich um Zigaretten schlechter Qualität bzw. Waren, die gar nicht mehr als Zigaretten anzusehen seien, gehandelt habe, nichts zu gewinnen ist. Zum Einen geht schon aus den Analysen der zu Rate gezogenen Fachunternehmen hervor, dass es sich sehr wohl um Produkte unter Verwendung von Tabakblättern handelt. Dass es sich bei Schmuggelzigaretten, insbesondere Fälschungsprodukten, um minder qualifizierte Ware handelt, die unter unbekannten Bedingungen und mit unbekanntem Schadstoffgehalt hergestellt wurden, ist eine Tatsache, die ebenfalls aus Medienberichten und wohl erst recht unter Rauchern bekannt ist. Es sei als Beispiel auf eine typische Aufgriffsmeldung aus jüngster Zeit hingewiesen, nämlich

„Kronen-Zeitung“ am 27.1. 2011, S. 18: „Gesundheitsgefährdende Ost-Tschick: Bande schmuggelt 800.000 Zigaretten [= 4000 Stangen; Anm.]. Achtung Gesundheitsgefahr ! Stark verunreinigte und deshalb hochgefährliche Zigaretten aus der Ukraine soll eine Bande nach Österreich geschmuggelt haben. Laut Zollfahndern stehen die Schwarzmarkthändler aus Graz und Wien im Verdacht, 800.000 Stück der gefälschten Billigzigaretten um 140.000 € verkauft zu haben. Den groß angelegten Handel mit unter äußerst unhygienischen Bedingungen hergestellten Ost-Tschick ... Im Zuge von Hausdurchsuchungen durch Fahnder des Zollamtes Graz und der Staatsanwaltschaft Leoben konnten die Tabakspürhunde ... ein Zwischenlager aufspüren ... Der Schlag gegen die Hehler ist umso wichtiger, weil geschmuggelte und gefälschte Zigaretten eine besondere Bedrohung der Gesundheit darstellen. ...“.

In Anbetracht dessen ist für den UFS die Schilderung, dass S dem B Zigaretten zurückgab, weil sie „nicht zu rauchen“ seien, durchaus glaubwürdig und es kann sich eine Einvernahme Ss dazu erübrigen. Dennoch sind diese Waren, ungeachtet ihrer Minderqualität, die die Interessenten wegen des deutlich niedrigeren Preises offenbar in Kauf zu nehmen bereit sind, als Zigaretten einzustufen. Schon aus den Telefonaten und den in den Niederschriften glaubhaft geschilderten Kontakten der beteiligten Personen geht hervor, dass jeder von ihnen unzweifelhaft davon ausging, dass es sich bei diesen Waren um Zigaretten handelt, mit denen man einem Raucherbedürfnis nachgehen kann. Illegalitäten bei Herstellung, Transport oder Handel ändern an der Einstufung dieser Waren nichts. Hätte man diese Zigaretten – wie es bei gewerblichen Einfuhren von Gesetzes wegen notwendig wäre – zu einem Zollverfahren angemeldet, wäre bezüglich der anzugebenden Zolltarifnummer wohl niemand auf die Idee gekommen, eine andere Warennummer aus der Kombinierten Nomenklatur als beginnend mit 2402 (Überschrift „Zigarren, Zigarillos und Zigaretten, aus Tabak oder Tabakersatzstoffen“) anzuführen, etwa 2403, was z.B. bei Kautabak und Schnupftabak nötig wäre, geschweige

denn eine Warennummer betreffend andere Waren pflanzlichen Ursprungs. Die Argumentationen des Bw., dass hier gar kein wirklicher Zigarettenhandel stattgefunden habe, gehen somit ins Leere.

Auch mit den weiteren in der Berufung bzw. schon im Einspruch gegen die Strafverfügung vorgetragenen Einwänden, mit denen er eine Straflosigkeit herleiten möchte, ist für den Bw. nichts zu gewinnen. Die Sachverhaltsschilderung und Beweiswürdigung mit den daraus zu ziehenden rechtlichen Schlussfolgerungen ist im Erkenntnis vom 7.12. 2010 mit ausreichender Schlüssigkeit erfolgt, sodass der UFS die in Hinblick auf §§ 45, 58 und 60 AVG (im verwaltungsbehördlichen Finanzstrafverfahren kommen die Bestimmungen des FinStrG bzw. aufgrund von Verweisen jene der BAO zur Anwendung, auch wenn die entsprechenden Regelungen mit jenen des AVG weitgehend gleich sind) behaupteten Verfahrensmängel dabei nicht erblicken kann. Im Übrigen enthält die vorliegende Berufungsentscheidung zu diesen Themen ergänzende Ausführungen. Eine mittlerweile durch Zeitablauf eingetretene Änderung gegenüber dem Dezember 2010 ist noch zu besprechen (s.u.).

Rechtsirrig ist die Meinung, dass mit diesen Zigaretten kein Schmuggel vorliegen kann, weil diese bei Deklaration sofort beschlagnahmt würden und keine Eingangsabgabenpflicht vorläge. Denn nach dem System des Zollkodex (ZK) entsteht eine Eingangsabgabenpflicht nicht nur bei legaler, angemeldeter Wareneinbringung aus einem Drittland (Art. 201 ZK), sondern gemäß Art. 202 bis 204 ZK auch bei heimlicher oder regelwidriger Einbringung ins Zollgebiet. Richtig ist zwar, dass die Waren im Fall der Entdeckung beschlagnahmt würden und das die Eingangsabgabenschuld u.U. wieder zum Erlöschen bringt (Art. 233 lit.d ZK), wenn sie aber die Zollstelle an der Grenze verlassen und ins Innere des Zollgebiets gelangen, liegt ein vollendeter Schmuggel und somit eine Vortat der Abgabenhhehlerei vor, auch die Eingangsabgabenbelastung der Ware kann ab diesem Zeitpunkt nicht mehr erlöschen (EuGH 29.4.2010, Rs. C-230/08, Rz. 50). Insbesondere konnte auch die im Inneren des Zollgebiets der EU am 7.3.2001 erfolgte Beschlagnahme der Zigaretten die Abgabenbelastung nicht mehr beseitigen.

Aufgrund dieser Ausführungen ist es als erwiesen anzusehen, dass der Bw. im Jänner/Februar 2001 Zigaretten abgabenunredlicher Herkunft angekauft hat, wobei ihm nach eigener Aussage die Rechtswidrigkeit solcher Handlungsweise bewusst war bzw. ist auch davon auszugehen, dass es allgemein bekannt ist (Medienberichte), dass sich aufgrund des deutlichen Preisgefälles bei Rauchwaren zwischen Mittel- und Osteuropa eine umfangreiche Schmuggeltätigkeit und ein illegaler Handel mit solchen Waren entwickelt hat, der von den Behörden laufend verfolgt wird. Im Sinne von § 8 Abs.1 zweiter Teilsatz FinStrG genügt es für

die Abgabenhhehlerei, mit bedingtem Vorsatz zu handeln, also das Delikt der vorsätzlichen Abgabenhhehlerei ist auch dann verwirklicht, wenn der Bw. aus den Umständen erkennen musste, dass die Zigaretten abgabenuredlicher Herkunft sind.

Ebenfalls als allgemein bekannt ist es anzusehen, dass in Österreich ein Tabakmonopol besteht, demzufolge der Handel mit Rauchwaren nur einem eingeschränkten Personenkreis erlaubt ist und Zuwiderhandlungen gegen die Bestimmungen des Tabakmonopolgesetzes strafbar sind. Dem Bw. musste es im Lichte obiger Ausführungen klar sein, dass er die Zigaretten nicht von einer Person übernimmt, die diesem eingeschränkten Personenkreis legaler Zigarettenhändler (Trafikanten, von der Monopolverwaltung zugelassener Großhändler) angehört und die somit in Monopolrechte gemäß § 44 Abs.1 lit.a FinStrG (idF bis 31.12.2010) eingegriffen hat.

Es ist obigen Ausführungen zu entnehmen, dass weder der Bw. selbst noch B der Schmuggler war, der die Zigaretten ins Monopolgebiet gebracht hat, sondern dass diese Handlung gemäß § 44 Abs.1 lit.b FinStrG (idF bis 31.12.2010 = alte Fassung a.F.) unbekannte Personen ausführten. Die Zigaretten kamen dann über den „Zwischenhändler“ B an den Bw., sodass B einen Monopoleingriff im Sinne von § 44 Abs.1 lit.a FinStrG (a.F.), aber auch im Sinne von § 44 Abs.1 FinStrG (n.F. ab 1.1. 2011) setzte. Gemäß § 4 Abs.2 FinStrG ist bei Änderungen des materiellen Strafrechts eine neue Gesetzeslage zu berücksichtigen, wenn sie für den Täter in der Gesamtauswirkung günstiger ist. Bei § 44 FinStrG, der als Vortat zu § 46 FinStrG fungiert, ist mit 1.1. 2011 in Anpassung des Finanzstrafrechts an § 5 Tabakmonopolgesetz die Änderung eingetreten, dass in § 44 Abs.1 FinStrG die bisherige lit. b entfällt, also nur mehr der *Handel* mit Monopolwaren, aber nicht alleine die *Einfuhr* ins Monopolgebiet strafbar ist. Daher ist das Handeln mit Zigaretten durch B sowohl nach der Textierung von § 44 Abs.1 lit.a FinStrG a.F. als auch nach § 44 Abs.1 FinStrG n.F. strafbar bzw. eine die Monopolhehlerei des Bw. auslösende Vortat zu § 46 FinStrG. Die neue Gesetzeslage bringt daher kein anderes Ergebnis als die bisherige, sodass gemäß § 4 Abs.2 FinStrG die frühere Gesetzeslage anwendbar bleibt. Es war aber spruchgemäß als Vortat der Monopolhehlerei nunmehr nicht der auf den Einfuhrvorgang der unbekannten Schmuggler Bezug nehmende § 44 Abs.1 lit.b FinStrG a.F., sondern der auf die Monopoleingriffe durch die Schmuggler (bei deren Verkäufen an B) und durch B selbst Bezug nehmende § 44 Abs.1 lit.a FinStrG a.F. anzuführen.

Verwaltungsbehördlich zu verfolgende Finanzvergehen unterliegen nach den Regelungen des § 31 FinStrG der Verjährung, d.h., dass nach gewissen Zeitabläufen das Recht der Finanzstrafbehörde, eine Person wegen eines Finanzvergehens (weiterhin) zu verfolgen bzw. zu bestrafen, erlischt. Für die in Rede stehenden Finanzvergehen beträgt die Verjährungsfrist

grundsätzlich 5 Jahre ab der vollendeten Tat. Bleibt ein Finanzvergehen über diesen Zeitraum unentdeckt oder setzt die Behörde so lange keine Verfolgungshandlung (§ 14 Abs.3 FinStrG), darf der Täter wegen dieser Straftat nicht mehr verfolgt werden. Ist einmal wegen des Finanzvergehens eine Verfolgungshandlung gesetzt, ist im Sinne von § 31 Abs.4 lit.b FinStrG ein Strafverfahren anhängig (und nicht erst ab Ergehen des Einleitungsbescheides, vgl. Ausführungen in der Entscheidung des UFS vom 13.12.2007) und es tritt Hemmung der Verjährung ein. Für die im Zeitraum Jänner/Februar 2001 verhehlten Zigaretten abgabenunredlicher Herkunft wurden durch die erste finanzstrafbehördliche Vernehmung des Bw. am 9.3. 2001 oder durch die erfolgte Beschlagnahme der Zigaretten bereits solche Verfolgungshandlungen gesetzt und somit, da gerichtliche Zuständigkeit aufgrund des Ausmaßes der Konterbande nicht vorlag, ein Finanzstrafverfahren bei der Finanzstrafbehörde anhängig. Gemäß § 31 Abs.1 FinStrG beginnt die strafrechtliche Verjährungsfrist nicht früher zu laufen als die Verjährungsfrist der zum Finanzvergehen gehörenden Abgaben, sie beginnt u.U. aber erst später zu laufen – der vorliegende Fall ist ein Beispiel dafür. Denn nach dem System des Art. 221 Abs.3 ZK, § 2 Abs.1 ZollR-DG und Art. 3 Fistenverordnung begann für den Bw. die Verjährungsfrist für die Festsetzung der auf den Zigaretten lastenden Eingangsabgaben Zoll, Einfuhrumsatzsteuer und Tabaksteuer einen Tag nach Übernahme der jeweiligen Zigaretten zu laufen. Was die Verjährungsfrist der Hehlereidelikte betrifft, ist zu vermerken, dass es sich um Dauerdelikte handelt, d.h., nicht nur der Übernahmevergang der Zigaretten gehört zum Tatbild, sondern auch die Aufrechterhaltung der Innehabung der Zigaretten ist deliktstypisch (z.B. VwGH 12.10.1989, 88/16/0123), sodass die Ausführung des Delikts erst mit dem Aufhören der Gewahrsame, z.B. durch Abstoßen der Zigaretten an einen Subhehler oder deren behördliche Beschlagnahme, endet. Erst mit diesem Zeitpunkt kann die strafrechtliche Verjährungsfrist zu laufen beginnen. Die Strafbarkeit durch die Finanzstrafbehörde erlischt gemäß § 31 Abs.5 FinStrG *jedenfalls*, wenn ab Beginn der Verjährungsfrist ein zehnjähriger Zeitraum verstrichen ist (sogen. absolute Verjährung).

Nun ist im strafrechtlichen Vorwurf gegen den Bw. eine Menge von 100 Stangen Zigaretten im Jänner 2001 übernommen und gleich weiterverkauft worden, sodass für diese Zigarettenmenge der zehnjährige Zeitraum aus Abs.5 im Jänner 2011 abgelaufen ist. Der Zeitpunkt der Erstellung und der Zustellungsphase der vorliegenden Berufungsentscheidung – siehe unten stehendes Approbationsdatum – liegt schon außerhalb dieser Zehnjahresfrist und es ist dem UFS bereits verwehrt, bezüglich dieser Zigarettenmenge noch einen Schuld- oder Strafausspruch bzw. abgeleiteten Kostenersatzanspruch vorzunehmen. Ein weiterer Teil der Konterbande wurde vom Bw. während des Februar 2001 verkauft, es ist das die Differenzmenge zwischen der am 7.3. 2001 beschlagnahmten Zigarettenmenge und den nach

dem Jänner 2001 noch insgesamt übernommenen 50 Stangen Zigaretten. Es ist für den UFS innerhalb des Februar 2001 nicht näher nachvollziehbar, wann welche Menge dieser insgesamt ca. 7 Stangen Zigaretten verkauft wurde. Es ist davon auszugehen, dass für gewisse dieser Zigaretten während der Erstellungs- und Zustellphase der vorliegenden Berufungsentscheidung dieser zehnjährige Zeitraum ebenfalls bereits abläuft und bei diesen die Strafbarkeit erloschen ist, für eine gewisse Teilmenge wäre sie gerade noch aufrecht. Da in diesem Punkt Unsicherheit besteht und eine Bestrafung daher willkürlich erfolgen würde, ist gemäß dem strafrechtlichen und auch in Art.6 Abs.2 MRK enthaltenen Grundsatz „Im Zweifel für den Beschuldigten“ für diese Menge ebenfalls gemäß § 31 Abs.5 i.V.m. § 98 Abs.3 FinStrG von einer Einbeziehung in die Bestrafung Abstand zu nehmen. Hingegen ist bei jener am 7.3. 2001 im Verfügungsbereich des Bw. beschlagnahmten Menge (siehe Spruchpunkt I.) der strafrechtliche Tatbestand bis zu diesem Datum aufrecht, die absolute Verjährungsfrist beginnt gemäß § 108 BAO i.V.m. § 56 Abs.2 FinStrG mit diesem Datum zu laufen und endet mit Ablauf des Montag, 7.3. 2011. Nur für diese Menge ist gemäß Spruchpunkt I. noch eine Strafverhängung möglich, bei der übrigen ist sie laut Spruchpunkt II. nicht mehr möglich.

Für die Ausmessung der Geldstrafe ist die Ermittlung des Strafrahmens notwendig. Dieser ergibt sich für die Abgabenhhehlerei aus den Eingangsabgaben (Summe aus Zoll, Einfuhrumsatzsteuer, Tabaksteuer) für diese Zigarettenmenge und für die Monopolhehlerei aus deren damaligem, regulärem inländischem Trafikpreis (§ 44 Abs.2 FinStrG). Diese Werte sind vom Zollamt in den im Akt befindlichen Tabellen unbedenklich ermittelt, etwa für die ursprüngliche Gesamtmenge von 151 Stangen = 30.200 Stück sind es folgende Werte (Tabelle Bl. 300 d.A.; die Beträge sind noch auf Schilling bezogen und der besseren Übersicht halber zunächst noch beibehalten und erst zum Schluss die Umrechnung auf Euro vorgenommen; weiters sind die Schilling- bzw. Eurobeträge gemäß § 204 BAO a.F. bzw. n.F. gerundet):

Tabelle 1:

Stückzahl mit Sorte	Summe Eingangsabgaben	§ 44 Abs.2 FinStrG
3000 Stk. Ernte 23	6.319	6.150
2.800 Stk. HB	5.897	5.740
11.400 Stk. Marlboro	25.094	24.510
13.000 Stk. Marlboro Light	28.616	27.950
Summe in ATS	65.926	64.350

Summe in Euro	4.791,03	4.676,50
----------------------	----------	----------

Für die nunmehr noch heranzuziehende beschlagnahmte Zigarettenmenge aus Spruchpunkt I. im Ausmaß von 8.740 Stück = 43,7 Stangen (es waren angebrochene und zum Teil schon verbrauchte Stangen in der beschlagnahmten Menge) lassen sich die entsprechend reduzierten Mengen nun einfach durch Schlussrechnung finden, z.B. reduziert sich der Eingangsabgabenbetrag bei der Sorte HB auf den Bruchteil $2740/2800 = 0,9785714$, also vom Wert 5.897 ATS auf den Wert $5.897 \times 0,9785714 = 5.771$ ATS. Das ergibt folgende

Tabelle 2:

Stückzahl mit Sorte	Summe Eingangsabgaben	§ 44 Abs.2 FinStrG
2.860 Stk. Ernte 23	6.024	5.863
2.740 Stk. HB	5.771	5.617
200 Stk. Marlboro	440	430
2.940 Stk. Marlboro Lights	6.472	6.321
Summe in ATS	18.707	18.231
Summe in Euro	1.359,49	1.324,90

Somit ergibt sich gemäß § 37 Abs.2, 46 Abs.2 und dem Kumulierungsprinzip in § 21 Abs.1 und Abs.2 FinStrG ein **Strafrahmen von 4.043,88 €** ($= 1.359,49 \times 2 + 1.324,90$). Diesen Strafrahmen hat der UFS mit der verhängten Geldstrafe in Höhe von 600 € zu rund 15 % ausgenützt. Diese Strafe bewegt sich am unteren Randbereich der üblichen Judikatur und ist gemäß § 23 FinStrG wie folgt ausgemessen:

Als mildernd ist zu werten das geständige und kooperative Verhalten des Bw., seine bisherige finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit bzw. Unauffälligkeit seit dem Zigarettenaufgriff sowie die lange Verfahrensdauer, die nicht aus seiner Sphäre verursacht wurde. Ein Erschwerungsgrund liegt nicht vor. Seine wirtschaftlichen und persönlichen Verhältnisse stellen sich so dar, dass er als kaufmännischer Angestellter bei der Firma GmbH tätig ist. Aus seinen steuerlichen Daten geht für das Jahr 2009 ein Jahreseinkommen von 21.634,29 € bzw. nach Abzug von Sonderausgaben von 20.791,29 € hervor. Eine Grobrechnung (Division durch 12) ergibt ein monatliches Nettoeinkommen von ca. 1.700 €. In der Arbeitnehmerveranlagung scheint ein Unterhaltsabsetzbetrag von jährlich 350,40 € (für 1 Kind) gemäß § 33 Abs.4 Z.3 EStG auf. In O. scheint Immobilieneigentum auf. Es ist auf ihn

ein PKW der Marke M., Erstzulassungsjahr 2001, zugelassen. In den letzten ca. 10 Jahren waren auf ihn jeweils relativ kurzfristig 7 PKWs und ein Leichtmotorrad zugelassen.

Mit diesen gemäß § 23 FinStrG zu beachtenden Strafausmessungskriterien ist die verhängte Strafe im Ausmaß von circa einem Drittel eines Nettomonatslohnes tat- und täteradäquat. Eine noch weitere Absenkung der Strafe verbietet sich schon aus dem generalpräventiven Aspekt heraus. Bedenkt man nämlich, dass sich der Schmuggel und illegale Handel mit Billigzigaretten aus den Oststaaten seit der Öffnung der Ostgrenzen um 1990 zu einem regelrechten und kaum eindämbbaren Unwesen entwickelt hat – hier sei nochmals auf den o.a. und für diese Vorgänge bezeichnenden Großaufgriff im Jänner 2011 hingewiesen – ist es für die Finanzverwaltung wohl geboten, hier „Strenge“ walten zu lassen.

Die gemäß § 20 FinStrG zu verhängende Ersatzfreiheitsstrafe war im Vergleich zum Erkenntnis des Zollamtes angemessen zu reduzieren.

Der Verfallsausspruch für die ergriffene Zigarettenmenge hatte zwingend zu erfolgen, gemäß § 17 Abs.4 FinStrG unterliegen Monopolwaren ohne Rücksicht darauf, wem sie gehören, dem Verfall, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung nach Abs.6 dieser Bestimmung erübrigt sich daher. Ebenso hatte der Kostenausspruch gemäß § 185 Abs.1 lit.a (10 % der Geldstrafe) und lit.d FinStrG zwingend zu erfolgen.

Eine wie immer erfolgte „Zusage“ des Zollamtes, nur eine Strafe im Ausmaß von 500,- € für die ergriffene Zigarettenmenge zu verhängen, ist für den UFS in keinster Weise bindend und würde auch die gesetzlichen Strafausmessungskriterien des § 23 FinStrG unterlaufen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 4. Februar 2011