



UNABHÄNGIGER  
FINANZSENAT

Außenstelle Wien  
Finanzstrafsenat 6

GZ. FSRV/0009-W/06

## Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 6 als Organ des unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Mag. Leopold Lenitz, das sonstige hauptberufliche Mitglied HR Dr. Georg Zarzi sowie die Laienbeisitzer Mag. Gerald Klec und Elisabeth Vondrasek als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., vertreten durch Mag. Franz Karl Juraczka, Rechtsanwalt, 1090 Wien, Alser Straße 32/15, wegen der Finanzvergehen der gewerbsmäßigen, vorsätzlichen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs. 1 lit a, 38 Abs. 1 lit. a und 46 Abs.1 lit a des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung der Beschuldigten vom 20. Jänner 2006 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates als Organ des Zollamtes Wien, vertreten durch Dr. Teibinger, vom 18. November 2005, Zahl 91.084/2005-AFF/Tou,Spr.Sen.L.Nr. 14/2005, nach der am 28. September 2006 in Anwesenheit der Beschuldigten und ihres Verteidigers, des Amtsbeauftragten Dr. Vogt sowie der Schriftführerin Andrea Moravec durchgeführten Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Straferkenntnis in seinem Ausspruch über die Wertersatzstrafe aufgehoben und im Umfang dieser Aufhebung entschieden:

Gemäß § 19 Abs. 1, 4, 5 und 6 FinStrG wird der Wertersatz für 600 Stangen Zigaretten (400 Stangen der Marke Memphis Classic, 100 Stangen der Marke Marlboro und 100 Stangen der Marke Memphis Blue Lights) mit € 6.000.- festgesetzt; für den Fall der Uneinbringlichkeit dieser Wertersatzstrafe tritt gemäß § 20 FinStrG an deren Stelle eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 Tagen.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

### **Entscheidungsgründe**

Der Spruchsenat beim Zollamt Wien als Finanzstrafbehörde erster Instanz sprach die Berufungswerberin (Bw.) mit seinem Erkenntnis vom 18. November 2005, Zl. 91.084/2005-AFF/Tu, Spr.Sen.L.Nr. 14/2005 der Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgaben- und Monopolhehlerei gemäß §§ 37 Abs. 1 lit. a, 38 Abs. 1 lit. 1 und 46 Abs. 1 lit. a FinStrG für schuldig. Sie habe vom 28. März 2005 bis zum 23. Juni 2005 im Bereich des Zollamtes Wien vorsätzlich Sachen, welche zugleich Gegenstände des Tabakmonopols sind, nämlich 159.800 Stück Zigaretten (799 Stangen) drittländischer Herkunft, hinsichtlich derer zuvor von unbekannt gebliebenen Tätern die Finanzvergehen des Schmuggels und des Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols nach den §§ 35 und 44 FinStrG begangen worden waren, an sich gebracht und teilweise weiterverkauft, wobei es ihr daran angekommen ist, sich durch wiederkehrende Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen. An Eingangsabgaben fielen insgesamt € 28.426,-- an davon an Zoll € 6.508,80, an Einfuhrumsatzsteuer € 6.616,81, an Tabaksteuer € 15.257,25; die Bemessungsgrundlage betrug € 26.772,--.

Gemäß §§ 21, 37, 38 und 46 FinStrG verhängte der Senat über sie eine Geldstrafe von € 12.000, Ersatzfreiheitsstrafe 24 Tage.

Gemäß §§ 17, 37 Abs. 2 und 46 Abs. 2 FinStrG wurden insgesamt 199 Stangen Zigaretten für verfallen erklärt.

Hinsichtlich der nicht ergriffenen, jedoch im Schuldspruch genannten weiteren 600 Stangen Zigaretten erkannte der Senat gem. § 19 FinStrG statt auf Verfall auf Wertersatz in der Höhe von € 18.000,--, Ersatzfreiheitsstrafe 18 Tage.

Gemäß § 185 FinStrG wurden die Pauschalkosten des Strafverfahrens mit € 363,-- festgesetzt. Dagegen legte die Beschuldigte das Rechtsmittel der Berufung ein und führte aus:

*"Dem Straferkenntnis ist keine ausreichende Würdigung der äußerst schlechten Vermögensverhältnisse der Beschuldigten zu entnehmen. Die erste Instanz übersieht bei der Strafzumessung eine Reihe weiterer auf die Beschuldigte zutreffender Milderungsgründe. Darüber hinaus hat sie sich mit den wiedergegebenen Milderungsgründen nicht in ausreichender Weise auseinandergesetzt. Dringend geboten ist daher zur Verifizierung die ergänzende Einvernahme der Beschuldigten über ihre tatsächlichen wirtschaftlichen Verhältnisse.*

*Beweis: Einvernahme der Beschuldigten*

Die erste Instanz hat die Beschuldigte zu einer Geldstrafe in Höhe von € 12.000,--, sowie zu einer Wertersatzstrafe in Höhe von € 18.000,-- verurteilt. Hinsichtlich der Strafzumessung führte die erste Instanz lediglich aus, dass als mildernd das Geständnis der Beschuldigten, ihre bisherige Unbescholtenheit, sowie teilweise die Schadengutmachung durch Ratenzahlung zu berücksichtigen waren, sowie das unter Berücksichtigung ihrer äußerst angespannten finanziellen Situation und ihres mangelnden Vermögens die verhängte Geldstrafe tat- und tätergerecht sei.

Die erste Instanz setzt sich in ihrem Straferkenntnis viel zu wenig mit der tatsächlichen wirtschaftlichen Lage der Beschuldigten auseinander und übersieht daher bei ihrer Zumessung, dass die Beschuldigte eine Strafe in Gesamthöhe von € 30.000,-- realistischerweise nie von ihrer **Invaliditätspension** bezahlen wird können.

Die Beschuldigte erhält monatlich € 580,-- an Invaliditätspension, ist verheiratet und lebt mit ihrem schwer kranken Ehemann zusammen, der ebenfalls nur eine geringe Pension erhält. Darüber hinaus besitzt die Beschuldigte keinerlei Vermögenswerte.

Die erste Instanz übersieht in ihrer Begründung nachstehende wesentliche Milderungsgründe, insbesondere, dass die Beschuldigte bis dato einen ordentlichen Lebenswandel geführt hat und dass die Tat in einem auffallendem Widerspruch zu ihrem sonstigen Verhalten steht. Wie die Erstinstanz richtig ausführt, ist die Beschuldigte bislang unbescholten und war dieser Zigarettschmuggel für sie eine – wie sie leider fälschlicherweise dachte – gut und "billige" Lösung um ihr überaus dürftiges Einkommen kurzfristig aufzubessern. Die **Notlage**, dass sie mit ihrem dürftigen Einkommen noch dazu ihren Mann miterhalten muss war drückend. Mitunter wurde sie – unter diesen Gesichtspunkten betrachtet – mehr durch eine besondere verlockende Gelegenheit zur Tat verleitet und hat sie die Tat nicht mit vorgefasster Absicht begangen.

Die erste Instanz führt auch an, dass sie sehr detaillierte Angaben zur Menge machte und so einen **wesentlichen Bestandteil zur Wahrheitsfindung** beigetragen hat. Auch dies wird von der ersten Instanz viel zu wenig in der Strafzumessung berücksichtigt und zeigt die durchgehende Bereitschaft zur Mitwirkung und der **Schadensgutmachung** – wenn auch nur in geringen aber dafür regelmäßigen **Raten**, dass sie ihr rechtswidriges Verhalten zutiefst bereut und bedauert und sie sich ihres schuldhaften und rechtswidrigen Verhaltens sehr wohl bewusst ist. Gerade auch diese Einsicht und Bereitschaft zur Schadengutmachung muss die Behörde mehr berücksichtigen, insbesondere durch Herabsetzung der Wertersatzstrafe unter Beibehaltung der Ratenzahlung wie bisher.

Aus all diesen Gründen stellt die Beschuldigte die nachstehenden

### **BERUFUNGSANTRÄGE:**

an den Unabhängigen Finanzsenat Wien als Finanzstrafbehörde II. Instanz:

Der Unabhängige Finanzsenat möge der Berufung Folge geben und

1. und die Strafe wegen deutlichen Überwiegens der Milderungsgründe über die Erschwerungsgründe außerordentlich mildern oder gemäß § 41 VStG gänzlich nachsehen in eventu

2. die Strafe schuldangemessen herabsetzen."

In der mündlichen Verhandlung konkretisierte der Verteidiger die Berufungsanträge dahingehend, dass er eine Milderung oder Herabsetzung sowohl der Geldstrafe als auch der Wertersatzstrafe anstrebe.

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

Zunächst ist festzuhalten, dass sich die Berufung ausschließlich gegen die verhängte Geld- und Wertersatzstrafe richtet.

Zur Strafbemessung wird ausgeführt:

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

Gemäß Abs. 2 leg.cit sind bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und Milderungsgründe, soweit sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, gegeneinander abzuwägen. Im Übrigen gelten die §§ 32 bis 35 StGB sinngemäß.

Gemäß Abs. 3 leg.cit sind bei Bemessung der Geldstrafe auch die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen.

Gemäß § 23 Abs. 4 FinStrG ist bei Finanzvergehen, deren Strafdrohung sich nach einem Wertbetrag richtet, die Bemessung der Geldstrafe mit einem ein Zehntel des Höchstmaßes der angedrohten Geldstrafe unterschreitenden Betrag nur zulässig, wenn besondere Gründe vorliegen.

Gemäß § 37 Abs. 2 FinStrG wird die Abgabenhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Eingangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen entfallen.

Gemäß § 46 Abs. 2 FinStrG wird die Monopolhehlerei mit einer Geldstrafe bis zum Einfachen der Bemessungsgrundlage (§ 44 Abs. 2) geahndet.

Hängen gemäß § 21. Abs. 2 FinStrG die zusammenhängenden Strafdrohungen von Wertbeträgen ab, so ist für die einheitliche Geldstrafe die Summe dieser Strafdrohungen maßgebend.

Der Strafraum der sich aus der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 21 Abs. 1, 37 Abs. 2, 38 Abs. 1 lit. a und 46 Abs. 2 FinStrG ergibt, lässt sich wie folgt berechnen:

Zoll	€	6.508,80	
EUSt	€	6.616,81	
Tabaksteuer	€	15.257,25	
Summe	€	28.400,86	x 3

	€	85.202,58	
Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c	€	26.772,00	
Gesamtbetrag und Strafraumen	€	111.974,58	

Als Schuldform kann direkter Vorsatz konstatiert werden.

Der Bw. hat die Finanzvergehen über einen Zeitraum von ungefähr vier Monaten begangen, um die Zigaretten entweder zum kleinen Teil selbst zu rauchen oder aber mit einem finanziellen Aufschlag weiterzugeben und sich damit gewerbsmäßig einen Nebenverdienst zu schaffen.

Als mildernd war wie im angefochtenen Erkenntnis neben dem Geständnis die Unbescholtenheit der Bw. und auch eine teilweise Schadensgutmachung durch Ratenzahlung der Eingangsabgaben zu berücksichtigen. Hinzu kommt noch der Umstand, dass sie mittlerweile ebenfalls in Raten einen Betrag von € 780,- von der Geldstrafe entrichtet hat. Auch wenn man ihre angespannte finanzielle Situation bei einer monatlichen Pension von € 595,- und ihren zweifellos schlechten Gesundheitszustand bedenkt, kann eine Reduktion der Geldstrafe, die ungefähr 10,7% des Strafraumens ausmacht und sich damit bereits im untersten Bereich des Strafraumens befindet, nicht ins Auge gefasst werden. Besondere Gründe im Sinne des § 23 Abs. 4 FinStrG für eine weitere Herabsetzung können nicht gesehen werden, es erscheint dem Senat vielmehr diese Geldstrafe im Hinblick auf den Schuldvorwurf und auf generalpräventive Erwägungen als etwas zu niedrig angesetzt. Eine Hinaufsetzung der Geldstrafe verbietet allerdings der § 161 Abs. 3 FinStrG.

Bezüglich der Strafe des Wertersatzes ist auszuführen:

Gemäß § 19 Abs. lit. a FinStrG ist statt auf Verfall auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, dass der Verfall unvollziehbar wäre.

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

Stünde gemäß § 19 Abs. 5 FinStrG der Wertersatz (Abs. 3) oder der Wertersatzanteil (Abs. 4) zur Bedeutung der Tat oder dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so ist von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen.

Ist gemäß Absatz 6 leg. cit. der Wertersatz aufzuteilen (Abs. 4) oder ist vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen (Abs. 5), so sind hierfür die Grundsätze der Strafbemessung anzuwenden.

Beim Wertersatz war von einem gemeinen Wert der insgesamt 600 Stangen Zigaretten im Sinne der Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG in der Höhe von € 20.300,- auszugehen.

Nach ständiger höchstgerichtlicher Judikatur (z.B. Erkenntnis der VwGH vom 26. Juni 1996, Zahl 95/16/0262) ist der im § 19 Abs. 5 FinStrG normierte Begriff "Bedeutung der Tat" insbesondere nach dem strafbestimmenden Wertbetrag zu beurteilen, wogegen sich der Begriff "Vorwurf" vor allem auf die Schuld des Täters bezieht.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur Frage der Relation der Bedeutung der Tat und dem Wertersatz zum Beispiel ausgesprochen, dass bei einer Eingangsabgabensumme von 20 % des gemeinen Wertes und dem vollen Wertersatz ein Missverhältnis nicht vorliegt (Erkenntnis der VwGH vom 25. Juni 1992, Zahl 91/16/0054). Bei einer Eingangsabgabensumme von € 26.280,58 und einem Kleinverkaufspreis als gemeinen Wert der Zigaretten von € 24.090,- ist dieses Missverhältnis daher in dieser Sache ebenfalls nicht zu sehen.

Bei der Beurteilung des Verhältnisses des Wertersatzes zum den Täter treffenden Vorwurf ist vor allem die Schuld des Täters zu beachten. Durch die Festsetzung der Geldstrafe im untersten Bereich des Strafrahmens im angefochtenen Erkenntnis, die in dieser Entscheidung nicht verändert wird, ist auch eine Einstufung des Verhältnisses der Schuld zum Strafrahmen erfolgt, die vom Senat grundsätzlich geteilt wird. Die vom Spruchsenat verhängte Wertersatzstrafe von € 18.000,- liegt aber knapp am Höchstmaß der Wertersatzstrafe, der Spruchsenat hat zu einem kleinen Teil – in der Höhe von € 2.300.- - von der Auferlegung des Wertersatzes abgesehen. Wenn aber im Rahmen der Strafzumessung ein Strafmaß im unteren oder untersten Bereich des zur Verfügung stehenden Strafrahmens angemessen war und ist, so ist konsequenterweise dieser Umstand auch im Rahmen der Abwägung zwischen dem Wertersatzbetrag und dem die Bw. treffenden Vorwurf zu berücksichtigen (Erkenntnis des VwGH vom 9. August 2001, Zahl 98/16/0291 mit Hinweis auf das oben zitierte Erkenntnis vom 26. Juni 1996). Ein Messen der Geldstrafe und der Wertersatzstrafe ist mit zweierlei Maß in diesem Fall nicht zulässig. Der Wertersatz steht sohin zu dem den Bw. treffenden Vorwurf außer Verhältnis, sodass gem. § 19 Abs. 6 FinStrG zum Teil vom Wertersatz abzusehen ist auch hier die Grundsätze der Strafzumessung des § 23 FinStrG zur Anwendung zu kommen haben.

Unter Hinweis auf die obigen Feststellungen und Überlegungen zur Bemessung der Geldstrafe setzt der Senat daher die Wertersatzstrafe mit ungefähr 30% des Gesamtwertersatzes, das heißt mit € 6.000.- fest. Die Ersatzfreiheitsstrafe wird mit sechs Tagen festgesetzt.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 28. September 2006