



## Berufungsentscheidung

Der unabhängige Finanzsenat als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Mag. Leopold Lenitz, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. Josef Lovranich sowie die Laienbeisitzer Dagmar Deutsch und Reinhold Haring als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen der Bw., vertreten durch Dr. Wolfgang Kunert, wegen der Finanzvergehen des gewerbsmäßigen Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopoles gemäß §§ 35 Abs. 1 lit. a, 38 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. b des Finanzstrafgesetzes (FinStrG) über die Berufung des Beschuldigten vom 28. April 2003 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Hauptzollamt Wien vom 2. Juli 2002, nach der am 25. November 2003 in Anwesenheit des Beschuldigten und seines Verteidigers Mag. Gerhard Holzer, des Amtsbeauftragten Oberrat Dr. Gerold Teibinger sowie der Schriftführerin Karin Nowotny durchgeführten mündlichen Verhandlung

zu Recht erkannt:

I. Der Berufung wird teilweise Folge gegeben und der angefochtenen Bescheid in seinem Ausspruch über die Strafe wie folgt abgeändert:

Die Geldstrafe wird gem. §§ 35 Abs. 4, 38 Abs. 1 und 44 Abs. 2 FinStrG mit € 7000.-, die Ersatzfreiheitsstrafe gem. § 20 FinStrG mit 35 Tagen festgesetzt.

Hinsichtlich der vom Schuldspruch erfaßten und nicht für verfallen erklärten Zigaretten wird gem. § 19 Abs. 1 lit. a, Abs. 5 und Abs. 6 FinStrG eine anteilige Wertersatzstrafe von € 4000,-, Ersatzfreiheitsstrafe 20 Tage, verhängt.

II. Im Übrigen wird die Berufung als unbegründet abgewiesen.

## Entscheidungsgründe

Der Spruchsenat beim Hauptzollamt Wien erkannte am 7. Juli 2002 zur Zl. 100/91.434/2001-Str.IV/Kol den Bw. des Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels und des vorsätzlichen Eingriffes in die Rechte des Tabakmonopols nach den §§ 35 Abs. 1 lit. a, 38 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 1 lit. b FinStrG für schuldig. Er hat von März 2001 bis zum 10. Juli 2001 anlässlich der gemeinsamen Einreisen mit AK über die Zollämter Kleinhaugsdorf, Mitterretzbach und Laa an der Thaya insgesamt 44.880 Stück Zigaretten vorsätzlich als eingangsabgabepflichtige Waren und Monopolgegenstände vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Europäischen Union verbracht und vorsätzlich dem monopolrechtlichen Einfuhrverbot zuwider eingeführt, um sich durch wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Der Spruchsenat verhängte über den Bw. gemäß §§ 21, 35 Abs. 4 in Verbindung mit 38 Abs. 1 und 44 Abs. 2 FinStrG eine Geldstrafe von € 10.000,-- und setzte eine Ersatzfreiheitsstrafe von 50 Tagen fest. Weiters erklärte er gemäß §§ 17, 35 Abs. 4 und 44 Abs. 3 FinStrG 5.880 Stück beschlagnahmte Zigaretten und den für den zum Schmuggel verwendeten, mit besonderen Vorrichtungen versehenen Pkw der Marke Mazda 626 erlegten Geldbetrag von ATS 5.000,-- für verfallen. Hinsichtlich der weiteren vom Schuldspruch erfassten Zigaretten erkannte der Senat statt auf Verfall gemäß § 19 FinStrG auf anteiligen Wertersatz von € 6.900,-- und setzte die Ersatzfreiheitsstrafe mit 30 Tagen fest.

Schließlich wurden die Verfahrenskosten mit € 363,-- festgesetzt.

Dagegen erhob der nunmehr durch seinen Verteidiger vertretend Bw. das Rechtsmittel der Berufung worin er ausführte:

"Nach den Bestimmungen der §§ 23 Abs. 2 und 26 Abs. 1 FinStrG haben im Finanzstrafverfahren u.a. die Bestimmungen der §§ 32 – 35, 43, 43a, sowie 48 StGB sinngemäß Anwendung zu finden. Darüber hinaus sind gem. § 23 Abs. 3 FinStrG die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters zu berücksichtigen. In Anbetracht dieser Bestimmungen ist das angefochtene Erkenntnis der Finanzstrafbehörde I. Instanz unvollständig geblieben.

Bei der Strafbemessung wurden die bisherige Unbescholtenheit sowie das Geständnis, welches auch zur Wahrheitsfindung zusätzlich beigetragen hat, als mildernd, als erschwerend demgegenüber kein Umstand gewertet. Im Rahmen einer rechtsrichtigen Strafzumessung wären noch weitere Milderungsgründe zu berücksichtigen gewesen.

Bislang wurde die Tatsache, dass es teilweise lediglich beim Versuch geblieben ist, § 34 Abs. 1 Z. 13 StGB, sowie die Tatsache, dass ausschließlich aufgrund der Angaben der Beschuldigten auch die Zigaretten im Versteck sichergestellt werden konnten, sohin die Tatsache, dass trotz Gelegenheit die Zufügung eines größeren Schadens verhindert wurde, bzw. ein solcher freiwillig gutgemacht wurde, § 34 Abs. 1 Z. 14 StGB, nicht berücksichtigt. Darüber hinaus

wäre nach Auffassung der Rechtsmittelwerberin aufgrund der unverschuldeten angespannten finanziellen Verhältnisse auch der Milderungsgrund des § 34 Abs. 1 Z. 10 anzunehmen gewesen.

Gesamt gesehen ist daher das verhängte Ausmaß der Geldstrafe in Gesamthöhe von € 16.900,-- weder schuld- noch tatangemessen.

Weiters wurden unter Bedachtnahme auf die finanzielle Situation der Beschuldigten, deren Einkommensverhältnisse, der bestehenden Sorgepflicht für ein Kind, sowie der Tatsache, dass die Beschuldigten bereits mit Bescheid vom 27.7.2001 zur Nachzahlung der Einfuhrabgaben in Gesamthöhe von € 15.347,41 verpflichtet wurden, weder die persönlichen Verhältnisse noch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Beschuldigten ausreichend berücksichtigt worden; § 23 Abs. 3 FinStrG.

Unter Berücksichtigung dieser Umstände wäre eine deutlich geringere Geldstrafe bzw. Ersatzfreiheitsstrafe zu verhängen gewesen.

Weiters wird gerügt, dass die Finanzstrafbehörde I. Instanz zu unrecht von den Bestimmungen der §§ 43, 43a und 48 StGB keinen Gebrauch gemacht hat. Auch wenn generalpräventive Überlegungen grundsätzlich für die Verhängung einer Geldstrafe sprechen, so müssen doch – schon in Anbetracht des Unrechtsgehaltes der verwirklichten Gesetzesverletzungen – spezialpräventive Überlegungen berücksichtigt werden. In Anbetracht der Tat, der Person der Beschuldigten, ihres Vorlebens und des Verhaltens nach der Tat ist davon auszugehen, dass es keines Vollzuges der verhängten Geldstrafe bedarf, um die Beschuldigten vor der Begehung weiterer derartiger Taten abzuhalten. Die Beschuldigten sind bisher unbescholten und es bestehen keinerlei stichhaltige Gründe dafür, von einer bedingten Nachsicht keinen Gebrauch zu machen. In Anbetracht der Höhe der Geldstrafe - € 16.900,-- - ist davon auszugehen, dass bereits die Androhung dieses Übels hinreichend sein wird, um die Beschuldigten vor der Begehung weiterer Straftaten abzuhalten. Das drohende Übel ist auch unter Berücksichtigung generalpräventiver Überlegungen ausreichend.

Weiters darf in diesem Zusammenhang nicht übersehen werden, dass die Beschuldigten ohnehin zur Rückzahlung der Einfuhrabgaben in Gesamthöhe von € 15.347,41 verhalten wurden und dass eine Bezahlung der hinterzogenen Abgaben nur durch die Aufnahme eines Kredites möglich gewesen ist, die finanzielle Situation hinsichtlich beider Beschuldigter daher äußerst angespannt ist, beide Beschuldigte eine Sorgepflicht für ein minderjähriges Kind haben und damit die äußerste Belastungsgrenze erreicht ist. Aufgrund dieser Verpflichtungen wird es den Beschuldigten nicht möglich sein, die nunmehr verhängte Geld- bzw. Wertsatzstrafe in Höhe von jeweils € 16.900,-- zurückzubezahlen, weshalb der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe zu befürchten ist. Durch den Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe werden jedoch weder die Interessen der Beschuldigten bzw. die Tatsache, dass sie für jeweils ein minderjähriges Kind sorgepflichtig sind, als auch die Interessen der Allgemeinheit nicht berücksichtigt. Der Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe im Ausmaß von jeweils 80 Tagen ist dem Unrechtsgehalt der Tat keinesfalls entsprechend.

Beweis: Kreditverträge.

Es wäre daher unter sinngemäßer Anwendung der Bestimmung des § 43 StGB mit einer bedingten Strafnachsicht vorzugehen gewesen.

Es werden daher gestellt nachstehende

### **Anträge**

Die Finanzlandesdirektion für Wien, NÖ und Burgenland als Finanzstrafbehörde II. Instanz möge:

1. meiner Berufung Folge geben, das angefochtene Erkenntnis des Hauptzollamtes Wien als Finanzstrafbehörde I. Instanz – Spruchsenat aufheben und die verhängte Geld- und Wertersatzstrafe sowie die verhängte Ersatzfreiheitsstrafe unter Berücksichtigung des Schuldgehaltes der Tat, unserer persönlichen Verhältnisse und unserer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechend herabsetzen;
2. meiner Berufung Folge geben und die verhängte bzw. herabgesetzte Geld- und Wertersatzstrafe unter Bestimmung einer Probezeit bedingt nachsehen;
3. in eventu unter sinngemäßer Anwendung des § 43 a StGB einen Teil der verhängten bzw. herabgesetzten Geld- und Wertersatzstrafe unter Bestimmung einer Probezeit bedingt nachsehen."

***Zur Entscheidung wurde erwogen:***

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

Gemäß Abs. 2 leg.cit. sind bei der Bemessung der Strafe die Erschwerungs- und die 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 § 35 Abs. 4 FinStrG wird der Schmuggel mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabenbetrages geahndet.

Gemäß § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG ist mit einer Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, zu bestrafen, wer einen Schmuggel begeht, wobei se ihm darauf ankommt, sich durch wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen ( gewerbsmäßige Begehung ).

Gemäß § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG wird der vorsätzliche Eingriff in die Rechte des Tabakmonopoles für Monopolgegenstände, für die ein Kleinverkaufspreis festgesetzt ist, nach diesem errechnet.

Der Strafraum der sich aus der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen der §§ 35 Abs. 4, 38 Abs. 1 lit. a und 44 Abs. 2 lit. c FinStrG ergibt, lässt sich wie folgt berechnen:

Zoll	€	3.477,76	
EUSt	€	3.532,12	
TS	€	8.150,72	
Summe	€	15.160,60	x 3

	€	45.481,80	
Bemessungsgrundlage nach § 44 Abs. 2 lit. c	€	14.806,46	
Gesamtbetrag	€	60.288,26	

Der Strafraumen läßt sich unter Hinweis auf § 21 FinStrG sohin mit einem Betrag in der Höhe von € 60.288,--begrenzen.

Als Schuldform kann direkter Vorsatz konstatiert werden. Der Bw. hat die Finanzvergehen wissentlich und willentlich über einen zumindest mehrmonatigen Zeitraum begangen um daraus einen wirtschaftlichen Vorteil zu erlangen.

Als Milderungsgründe nahm der Spruchsenat beim Hauptzollamt Wien zu Recht die finanzstrafrechtliche Unbescholtenheit des Bw. und sein Geständnis an bzw. nahm zu Recht keine erschwerenden Umstände an.

Zu den in der Berufung vorgebrachten Milderungsgründen ist auszuführen:

Es kann dem Akt nicht entnommen werden, dass es teilweise beim Versuch der Finanzvergehen geblieben wäre. Bei den am 10. Juli 2001 – beim Anlassfall – entdeckten vier Stangen der hier verfahrensgegenständlichen Zigaretten handelte es sich um hinter dem Handschuhfach und an der Bodenplatte des Pkw versteckte Zigaretten. Da diese Zigaretten nicht gestellt worden sind, waren sie im Zeitpunkt der Entdeckung bereits vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbracht worden und das Finanzvergehen des Schmuggels diesbezüglich war bereits vollendet.

Dass 25,4 Stangen bereits eingeschmuggelter Zigaretten auf Grund der Angaben des Bw. vor dem Weiterverkauf aufgefunden werden konnten, ist nach Ansicht des Berufungssenates bereits beim Milderungsgrund des umfassendes Geständnisses berücksichtigt worden und ist nicht geeignet als eigener Milderungsgrund der Schadensgutmachung bewertet zu werden. Obwohl in der Berufung nicht vorgebracht, sieht der Berufungssenat allerdings es als mildernd an, dass die Schadensgutmachung gegenüber der Abgabenbehörde durch Entrichtung der entstandenen Eingangsabgaben durch den Bw. bereits erfolgt ist (§ 34 Abs. 1 Ziffer 14 StGB).

Die Behauptung, dass der Bw. auf Grund seiner angespannten finanziellen Verhältnisse im Sinne des § 34 Abs. 1 Ziffer 10 StGB durch eine drückende Notlage zur Tat bestimmt worden sei, kann nicht nachvollzogen werden. Er brachte immerhin nach seinen eigenen Angaben S 12.000,-- monatlich ins Verdienen und hatte mit seiner Lebensgefährtin im gemeinsamen Haushalt insgesamt jedenfalls S 20.000,-- monatlich netto zur Verfügung. Mit dieser Summe

lassen sich nach Ansicht des Senates jedenfalls die notwendigen Lebenshaltungskosten bestreiten und es kann daraus keine drückende Notlage konstruiert werden.

Bei den persönlichen Verhältnissen des Bw. und seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit war von einem derzeitigen monatlichen Nettoverdienst von ca. € 945.- aus seinem Beruf als Lieferwagenlenker und Haustechniker und von seiner Sorgspflicht für ein mittlerweile siebenjähriges Kind auszugehen. Weiters wurde im Zuge des Rechtsmittelverfahrens die Durchschrift eines Abstattungskreditvertrages über € 15.988,-- vorgelegt, mit welchem Betrag der Bw. seine Eingangsabgabenschuld betreffend die verfahrensgegenständlichen Zigaretten zur Gänze bezahlte. Im Zusammenhang mit seiner wohl begrenzten potenziellen weiteren Verdienstmöglichkeit als Lieferwagenfahrer kann nach Ansicht des Senates bei Beurteilung aller genannten Umstände eine Reduktion der Geldstrafe von € 10.000,-- auf € 7.000,--, dass sind ca. 11,6 % des Strafrahmens, begründet werden.

Die Ersatzfreiheitsstrafe war entsprechend auf 35 Tage zu kürzen.

Eine weitere Verringerung der Geldstrafe ist sowohl als general- als auch aus spezialpräventiven Gründen nicht möglich.

Zur Höhe der Strafe des Wertersatzes ist auszuführen:

Gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG entspricht die Höhe des Wertersatzes dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten; ist dieser Zeitpunkt nicht feststellbar, so ist der Zeitpunkt der Aufdeckung des Finanzvergehens maßgebend. Soweit der Wert nicht ermittelt werden kann, ist auf Zahlung eines den vermutlichen Wert entsprechenden Wertersatzes zu erkennen.

Gemäß § 19 Abs. 4 FinStrG ist der Wertersatz allen Personen, die als Täter, andere an der Tat beteiligte oder Hehler vorsätzlich Finanzvergehen hinsichtlich der dem Verfall unterliegenden Gegenstände begangen haben, anteilmäßig aufzuerlegen.

Stünde gemäß Abs. 5 leg.cit. der Wertersatz oder der Wertersatzanteil zur Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf außer Verhältnis, so ist von seiner Auferlegung ganz oder teilweise abzusehen.

Ist gemäß Abs. 6 leg.cit. der Wertersatz aufzuteilen oder ist vom Wertersatz ganz oder teilweise abzusehen, so sind hiefür die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23) anzuwenden.

Wie oben bereits festgehalten, ist der Wertersatz in der Höhe von insgesamt € 13.800,-- zwischen dem Bw. und AK im Verhältnis 1:1 bzw. mit einem jeweiligen Betrag von € 6.900,-- aufgeteilt worden. Da der Bw. und AK die streitverfangenen Zigaretten jeweils gemeinsam

eingeschmuggelt hatten, ist diese Aufteilung auch im Hinblick auf die Ausführungen zur Höhe der Geldstrafe in dieser Entscheidung als gerechtfertigt anzusehen.

Der gemeine Wert besteht bei eingeführten Waren nicht nur aus dem Sachwert sondern erhöht sich um die Eingangsabgaben, allfällige sonstige Abgaben, die Transportkosten und die Handelsspanne. Er entspricht im Wesentlichen auch bei geschmuggelten und verhehlten Zigaretten dem inländischen Detailverkaufspreis (z.B. VwGH vom 25. September 1997, Zl. 97/16/0067) und ist nach Ansicht des Senates mit dem Kleinverkaufspreis nach § 44 Abs. 2 lit. c FinStrG gleichzusetzen. Wie den im Akt liegenden unbedenklichen Berechnungsblättern zu entnehmen ist, beträgt dieser Kleinverkaufspreis für die verfahrensgegenständlichen für den Wertersatz in Frage kommenden 476 Stangen Zigaretten € 13.945,-. Tatsächlich war ein Wertersatz von € 13.800,-- verhängt worden. Der Spruchsenat beim Hauptzollamt Wien hat sohin bereits teilweise von der Verhängung der Strafe des Wertersatzes abgesehen.

Unter Berücksichtigung der oben zur Höhe der Geldstrafe erfolgten Beachtung der Grundsätze für die Strafbemessung nach § 23 FinStrG – die gemäß § 17 Abs. 6 FinStrG auch hier anzuwenden sind – ist nach Ansicht des Senates eine Herabsetzung der Wertersatzstrafe des Bw. von € 6.900,- auf € 4.000,-- vertretbar.

Die Ersatzfreiheitsstrafe war entsprechend auf 20 Tage zu kürzen.

Bei der Beurteilung des Antrages des Bw. auf Verhängung einer bedingten Geld- bzw. Wertersatzstrafe ist die gesetzliche Regelung des § 26 Abs. 1 FinStrG zu beachten. Demnach gelten für die bedingte Nachsicht der durch die Gerichte für Finanzvergehen verhängte u.a. Geld- und Wertersatzstrafen die §§ 43, 43a und 44 Abs. 1 StGB sinngemäß. Die Strafe des Verfalles darf nicht bedingt nachgesehen werden.

Gemäß § 53 Abs. 6 FinStrG sind Finanzvergehen, deren Ahndung nicht dem Gericht zukommt, von den Finanzstrafbehörden zu ahnden.

Eine Besonderheit des Finanzstrafverfahrens ist es sohin, dass es zwei verschiedene Verfahrensarten und zwei verschiedene Rechtsträger dieser Verfahren gibt:

Einerseits das Verfahren vor einer Finanzstrafbehörde und damit vor einer Verwaltungsstrafbehörde und andererseits das Verfahren vor dem Gericht. Dazu ist zunächst festzustellen, dass im gegenständlichen Fall keine sich aus den Absätzen 1 bis 4 des § 53 ergebende gerichtliche Zuständigkeit ergibt. Beim Spruchsenat des Hauptzollamtes Wien der hier in der Sache entschieden hat, handelt es sich um ein Organ der Finanzstrafbehörde erster Instanz (§ 58 Abs. 2 FinStrG). Beim erkennenden Berufungssenat handelt es sich um ein

Organ des unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz (§ 62 Abs. 1 FinStrG).

Da daher in diesem Verfahren kein Gericht im Sinne der Bestimmung des § 26 FinStrG tätig war, kann eine Anwendung der Bestimmungen über die bedingte Strafnachsicht im Sinne der angesprochenen Gesetzesstelle nicht ins Auge gefasst werden (siehe auch VwGH vom 6. Dezember 1990, Zl. 90/16/0180). Die unterschiedliche Behandlung der bedingten Strafnachsicht im gerichtlichen und verwaltungsbehördlichen Verfahren ist sowohl vom Obersten Gerichtshof als auch vom Verfassungsgerichtshof als unbedenklich bestätigt worden ( Siehe auch Reger / Hacker / Kneidinger, Das Finanzstrafgesetz, RZ 1 zu § 26 FinStrG ).

Es war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

### **Rechtsmittelbelehrung**

Gegen diese Entscheidung ist gemäß § 164 FinStrG ein weiteres ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig. Es steht Ihnen 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 Monats nach Rechtskraft dieser Entscheidung fällig und mittels eines gesondert zugehenden Erlagscheines auf das Postsparkassenkonto des Hauptzollamtes Wien zu entrichten, widrigenfalls Zwangsvollstreckung durchgeführt und bei Uneinbringlichkeit der Geldstrafe bzw. der Wertersatzstrafe die Ersatzfreiheitsstrafe/n vollzogen werden müssten.

Wien, 25. November 2003