



UNABHÄNGIGER
FINANZSENAT

Außenstelle Wien
Finanzstrafsenat 5

GZ. FSRV/0110-W/09

Berufungsentscheidung

Der Finanzstrafsenat 5 als Organ des Unabhängigen Finanzsenates als Finanzstrafbehörde zweiter Instanz hat durch den Vorsitzenden Hofrat Dr. Robert Huber, das sonstige hauptberufliche Mitglied Hofrat Dr. MMag. Roland Schönauer sowie die Laienbeisitzer Mag. Harald Österreicher und Otto Trunner als weitere Mitglieder des Senates in der Finanzstrafsache gegen Bw., geb. Dat. in X., whft. Y., wegen des Finanzvergehens der vorsätzlichen gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung gemäß §§ 33 Abs.4 und 38 Abs.1 lit.a Finanzstrafgesetz (FinStrG) iVm § 11 Abs.1 Mineralölsteuergesetz über die Berufung des Beschuldigten vom 30. Juni 2009 gegen das Erkenntnis des Spruchsenates beim Zollamt Wien als Organ des Zollamtes St. Pölten Krems Wiener Neustadt als Finanzstrafbehörde erster Instanz vom 25. Mai 2009, Zl. 230000/00000/33/2007-AFA, StrNr. 230000/2007/00000-002, nach der am 1. Juni 2010 in Anwesenheit des Beschuldigten, des Amtsbeauftragten ADir. Rudolf Tomek sowie der Schriftührerin Diana Engelmaier durchgeführten mündlichen Verhandlung gemäß § 161 Abs.1 FinStrG zu Recht erkannt:

Der Berufung wird teilweise Folge gegeben.

Der rechtskräftige Schuldausspruch des erstinstanzlichen Erkenntnisses bleibt unverändert.

Die Geldstrafe in Höhe von 15.000,- € und die zugehörige Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen bleiben unverändert.

Die Wertersatzstrafe wird in Höhe von 83.912,78 € (statt bisher 88.760,97 €) und die zugehörige Ersatzfreiheitsstrafe in Höhe von 84 Tagen (statt bisher 89 Tagen) neu festgesetzt.

Gemäß § 185 Abs.1 lit.a FinStrG werden die Kosten des Strafverfahrens in Höhe von 363,- € und die allfälligen Strafvollzugskosten gemäß § 185 Abs.1 lit.d FinStrG auferlegt.

Entscheidungsgründe

Mit Erkenntnis vom 25. Mai 2009, Zl. 230000/00000/33/2007-AFA, hat der Spruchsenat des Zollamtes Wien als Organ des Zollamtes St. Pölten Krems Wiener Neustadt als Finanzstrafbehörde erster Instanz Bw. (Berufungswerber, im Folgenden: Bw.) nach §§ 33 Abs.4 FinStrG und 11 Abs.1 MinStG unter dem erschwerenden Umstand der Gewerbsmäßigkeit gemäß § 38 Abs.1 lit.a FinStrG für schuldig erkannt, dass er im Zeitraum Februar 2006 bis 31.5.2007 im Bereich des Zollamtes St. Pölten Krems Wiener Neustadt vorsätzlich insgesamt 102.141,51 Liter gekennzeichnetes Gasöl (Heizöl) zum Betrieb seiner Fahrzeuge mit den Kennzeichen Z.1, Z.2 und Z.3 verbotswidrig verwendet hat, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Aus diesem Grund wurde über ihn gemäß § 33 Abs.5 iVm. § 21 Abs. 1 und 2 FinStrG und unter Anwendung der Rückfallsregelung nach § 41 Abs.1 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 15.000,- € verhängt und für den Fall der Uneinbringlichkeit der Geldstrafe gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 30 Tagen ausgesprochen. Gemäß § 19 Abs.1 lit.a und Abs.3 FinStrG wurde die Strafe des Wertersatzes in Höhe von 88.760,97 € und für den Fall von deren Uneinbringlichkeit gemäß § 20 FinStrG eine Ersatzfreiheitsstrafe von 89 Tagen ausgesprochen.

Gemäß § 185 Abs. 1 lit. a FinStrG wurden die Kosten des Strafverfahrens pauschal mit 363 € sowie der Ersatz der Kosten des allfälligen Strafvollzugs auferlegt.

Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die fristgerechte Berufung des Beschuldigten vom 30. Juni 2009, in der er die Höhe der Geldstrafe und des Wertersatzes bekämpft. Dazu brachte er vor, dass er nach ca. 9 Monaten Krankenstand nunmehr in der Betreuung des AMS stünde und für ihn krankheitsbedingt eine Frühpensionierung in Aussicht gestellt sei. Er ersuche daher um eine entsprechend niedrigere Festsetzung der Strafen und um stattgebende Erledigung dieses Ratenansuchens.

Am 1.6.2010 fand in Anwesenheit des Beschuldigten die mündliche Verhandlung vor dem Berufungssenat statt. Dabei führte der Bw. zu seinen persönlichen Verhältnissen aus, dass er nunmehr in vorläufiger Erwerbsunfähigkeitspension sei und seine monatliche Nettopenzion 670,51 € betragen wird. Für ein mit 150.000,- € kreditfinanziertes Einfamilienhaus sind bei der

Bank derzeit noch 113.000,- € offen. Die hinterzogenen Abgaben zahle er in Monatsraten von 250,- € an das Zollamt ab. Früher erbrachte Alimentationszahlungen für seine Kinder seien jetzt finanziell nicht mehr möglich. Zur Sache selbst blieb er bei seinen bisherigen Verantwortungen und erklärte sich bereit, die Strafe im Sozialdienst abzuarbeiten.

Zur Entscheidung wurde erwogen:

Dem Finanzstrafverfahren liegt der Sachverhalt zugrunde, dass dem Zollamt St. Pölten Krems Wiener Neustadt am 30.4.2007 durch einen Hinweis bekannt wurde, dass der Lenker des Kastenwagens mit dem behördlichen Kennzeichen Z.3 in einer Tankstelle beim Eintanken von Heizöl beobachtet worden war. Das Fahrzeug konnte der „A.GmbH“ (im Folgenden kurz: GmbH) zugeordnet werden, deren Geschäftsführer der Bw. ist. Am 14.6.2007 wurde an dem Fahrzeug eine Kontrolle des Tankinhalts vorgenommen, er wies rote Färbung auf. Der bei diesem Aufgriff anwesende, für die GmbH tätige Kraftfahrer H. gab zu, zu wissen, dass der Bw. die Lieferfahrzeuge der GmbH mit Heizöl betankt bzw. betanken lässt, jedenfalls habe H auf Anweisung des Bw. und erstmalig am 14.6.2007 gemäß dem Tankstellenbeleg 188,62 Liter Heizöl zum Literpreis 0,81 € eingetankt (es waren noch 140 Liter vorhanden und wurden versiegelt zur Sicherung des Verfalls und als Beweismittel dem Bw. in Fremdverwahrung belassen). Auch der Inhaber der betreffenden Tankstelle bestätigte, dass der Bw. regelmäßig bei ihm tankt und auch große Mengen Heizöl in Kanister abfüllte. Diese Mengen stiegen allmählich an, im Durchschnitt waren es ca. 8000 Liter pro Monat. Durch Sichtung der Buchhaltung des Tankstellenpächters konnte die o.a. Gesamtmenge im Zeitraum 1.2.2006 bis 31.5.2007 ermittelt werden.

Bw. war in seiner niederschriftlichen Einvernahme am 26.6.2007 zu den vorgehaltenen Malversationen geständig und begründete dieses Verhalten mit seiner prekären persönlichen und finanziellen Lage, auch der GmbH gehe es finanziell schlecht. Sein Helfer H habe dieses eine Mal in seinem Auftrag aus Gutmütigkeit Heizöl getankt, um ihm in dieser schwierigen Situation zu helfen. Ansonsten habe er die Betankung der o.a. Fahrzeuge bzw. die Befüllung der Kanister mit Heizöl immer selbst und nicht die für seine Firma tätigen Kraftfahrer vorgenommen.

Die am 14.6.2007 beschlagnahmte und zollamtlich verplombte Heizölmenge, die in der Gewahrsame des Bw. belassen worden war, hatte dieser mittlerweile unbefugt bei der Tankstelle gegen Treibstoffdiesel ausgetauscht und äußerte sich in einer Niederschrift am 26.2.2008 dazu, er habe gedacht, dass nach Ergehen des Abgabenbescheides über ca. 23.000 € diese Sache erledigt sei.

Für 101.952,89 Liter Heizdiesel zuzüglich der 188,62 Liter des Aufgriffs vom 14.6.2007 besteht jeweils zwischen dem normalen Kraftstoffdiesel und dem begünstigten Heizdiesel ein Steuerunterschied von 0,227 € pro Liter, somit ein hinterzogener Gesamtbetrag an Mineralölsteuer von $102.141,51 \times 0,227 = 23.186,13$ € (= $23.143,31 + 42,82$ für 101.952,89 l + 188,62 l laut Abgabenbescheiden vom 8.8.2007).

Zu dieser verbotswidrig verwendeten Gesamtmenge von 102.141,51 Liter steuerbegünstigtem Diesel erging am 26.6.2008 an den Bw. der Bescheid über die Einleitung des Finanzstrafverfahrens wegen des Verdachts der gewerbsmäßigen Begehung der Finanzvergehen nach §§ 33 Abs.4 FinStrG iVm § 11 MinStG.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Spruchsenat am 19.5.2009 blieben Bw und H bei ihren bisherigen Verantwortungen und wiesen auf die Abzahlung der Abgaben (der Bw. leistet derzeit monatliche Ratenzahlungen) hin.

Die relevanten finanzstrafrechtlichen Bestimmungen sind:

§ 33 FinStrG :

(4) Der Abgabenhinterziehung macht sich ferner schuldig, wer vorsätzlich eine Abgabenverkürzung dadurch bewirkt, dass er Sachen, für die eine Abgabenbegünstigung gewährt wurde, zu einem anderen als jenem Zweck verwendet, der für die Abgabenbegünstigung zur Bedingung gemacht war, und es unterlässt, dies der Abgabenbehörde vor der anderweitigen Verwendung anzuzeigen.

(5) Die Abgabenhinterziehung wird mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages ... geahndet. Neben der Geldstrafe ist nach Maßgabe des § 15 auf Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren zu erkennen.

(6) Betrifft die Abgabenhinterziehung eine Verbrauchsteuer, so ist auf Verfall nach Maßgabe des § 17 zu erkennen ...

§ 38 FinStrG :

(1) Mit Geldstrafe bis zum Dreifachen des Betrages, nach dem sich sonst die Strafdrohung richtet, ist zu bestrafen,

a) wer einen Schmuggel, eine Abgabenhinterziehung oder eine Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben oder eine Abgabenhehlerei nach § 37 Abs.1 begeht, wobei es ihm darauf ankommt, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (gewerbsmäßige Begehung);

§ 41 FinStrG:

(1) Ist der Täter schon zweimal wegen eines der in den §§ 33, 35 oder 37 Abs.1 bezeichneten

Finanzvergehen bestraft worden und wurden die Strafen wenigstens zum Teil, wenn auch nur durch Anrechnung einer Vorhaft, vollzogen, so kann, wenn er nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres neuerlich ein solches Finanzvergehen begeht, das Höchstmaß der angedrohten Freiheitsstrafe, bei Finanzvergehen, für deren Verfolgung die Finanzstrafbehörde zuständig ist, das der angedrohten Geldstrafe um die Hälfte überschritten werden.

(2) Eine frühere Bestrafung bleibt außer Betracht, wenn seit ihrem Vollzug bis zur folgenden Tat mehr als fünf Jahre vergangen sind ...

§ 11 Mineralölsteuergesetz:

(1) Wer gekennzeichnetes Gasöl verbotswidrig verwendet (§ 9 Abs.6) oder behandelt (§ 9 Abs.9) oder wer Mineralöl der im § 3 Abs.1 Z.3 und Z.4 bezeichneten Art verbotswidrig verwendet (§ 9 Abs.10), macht sich, wenn er vorsätzlich handelt, einer Abgabenhinterziehung und, wenn er fahrlässig handelt, einer fahrlässigen Abgabenverkürzung schuldig. Der Verkürzungsbetrag ist der Unterschiedsbetrag zwischen der nicht ermäßigten und der nach § 3 Abs.1 Z.5 ermäßigten Mineralölsteuer für die verbotswidrig verwendeten oder behandelten Mineralölmengen, im Falle einer verbotswidrigen Verwendung nach § 9 Abs.10 jedoch der gesamte Nachversteuerungsbetrag.

(3) Abgabenhinterziehungen, fahrlässige Abgabenverkürzungen und Finanzordnungswidrigkeiten der in Abs.1 und 2 bezeichneten Art sind Finanzvergehen im Sinne des Finanzstrafgesetzes, BGBl. Nr. 129/1958, und nach diesem zu ahnden. Eine Geldstrafe hat jedoch im Falle einer Abgabenhinterziehung mindestens 2000 € und im Fall einer fahrlässigen Abgabenverkürzung mindestens 500 € zu betragen; ...§ 41 des Finanzstrafgesetzes gilt auch für Abgabenhinterziehungen der im Abs.1 bezeichneten Art. ...

§ 19 FinStrG:

- (1) Statt auf Verfall ist auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen,
 - a) wenn im Zeitpunkt der Entscheidung feststeht, dass der Verfall unvollziehbar wäre, ...
- (3) Die Höhe des Wertersatzes entspricht dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten; ...
- (4) Der Wertersatz ist allen Personen, die als Täter, andere an der Tat Beteiligte oder Hehler vorsätzlich Finanzvergehen hinsichtlich der dem Verfall unterliegenden Gegenstände begangen haben, anteilmäßig aufzuerlegen.
- (5) Stünde 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.

§ 185 FinStrG:

(1) Die vom Bestrafen zu ersetzenenden Kosten umfassen :

- a) einen Pauschalbetrag als Beitrag zu den Kosten des Finanzstrafverfahrens (Pauschalkostenbeitrag); dieser Beitrag ist mit 10 v.H. der verhängten Geldstrafe zu bemessen; ... der Pauschalbetrag darf 363 Euro nicht übersteigen; ...
- d) die Kosten des Strafvollzugs.

Der Unabhängige Finanzsenat hat erwogen:

Die Bestrafung wegen eines Finanzvergehens weist immer 2 Komponenten auf, nämlich den Schulterspruch und die daran geknüpfte Auferlegung (einer oder mehrerer) Strafen. Mit dem Schulterspruch wird dem Beschuldigten die Verwirklichung eines vom Gesetz umschriebenen objektiven und subjektiven Tatbildes angelastet und mit dem Strafausspruch aufgrund dessen innerhalb der vom Gesetz gezogenen Grenzen eine Geld- und/oder Freiheitsstrafe zugemessen. Im vorliegenden Fall hat der Beschuldigte mit der Berufung vom 30.6.2009 nur die Höhe der Strafen bekämpft, sodass bezüglich des Schulterspruches Teilrechtskraft eingetreten ist (z.B. VwGH 19.10.1995, 94/16/0123). Daher ist der Berufungssenat an die im Erkenntnis des Spruchsenates festgestellten Fakten und die rechtliche Folgerung, dass der Bw. das Finanzvergehen der vorsätzlichen, gewerbsmäßigen Abgabenhinterziehung nach §§ 33 Abs.4, 38 Abs.1 lit.a FinStrG und 11 MinStG mit 102.141,51 Liter steuerbegünstigtem Gasöl begangen hat, bereits gebunden und hat dies hier nicht mehr zu diskutieren.

Bezüglich der Höhe der Geldstrafe ist zunächst auf die Besonderheit hinzuweisen, dass § 11 Abs.3 MinStG bei vorsätzlicher Mineralölsteuerhinterziehung mit gekennzeichnetem Gasöl eine Mindeststrafe von 2.000 € vorsieht, während die Höchststrafe sich nach § 33 Abs.5 FinStrG mit dem Zweifachen des Verkürzungsbetrages, d.i. im vorliegenden Fall der Betrag 23.186,13 €, welche beim Vorliegen der gewerbsmäßigen Begehung gemäß § 38 Abs.1 FinStrG auf das Dreifache erhöht ist, richtet. Zudem konnte der Spruchsenat noch von der Strafschärfung bei Rückfall gemäß § 41 Abs.1 FinStrG Gebrauch machen, da der Bw. Finanzvorstrafen vom 11.7.1999 (Schmuggel gemäß § 35 Abs.1 FinStrG), 26.2.2001 (Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs.1 FinStrG betreffend Umsatzsteuer und Einkommensteuer 1995 bis 1998), 5.4.2004 (Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs.1 FinStrG betreffend Umsatzsteuer 1998) und 2.9.2008 (Abgabenhinterziehung gemäß § 33 Abs.1 FinStrG betreffend Umsatzsteuer und Einkommensteuer 2001) mit vollzogenen bzw. teilvollzogenen Geldstrafen aufweist. Somit reicht der Strafrahmen (vgl. die Stellungnahme des Amtsbeauftragten des Zollamtes vom 17.3.2009) von 2.000,- € bis 104.337,58 €. Diesen gesetzlichen Strafrahmen hat der Spruchsenat mit der verhängten Geldstrafe von 15.000,- € zu 14,38 % ausgeschöpft. Damit

bewegt sich das Strafausmaß schon am unteren Randbereich der üblichen Judikatur, sodass der Berufungssenat eine weitere Absenkung der Geldstrafe insbesondere in Hinblick auf den generalpräventiven Aspekt einer Bestrafung, wonach diese die Allgemeinheit vor der Begehung solcher, noch dazu schwer entdeckbarer Delikte abhalten soll, nicht vornimmt. Auch die vom Bw. in der Berufungsverhandlung vom 1.6.2010 dargestellte angespannte wirtschaftliche und persönliche Situation und die gemäß § 23 Abs.2 FinStrG abzuwägenden Milderungs- und Erschwerungsgründe vermögen keine für den Bw. noch mildere Bestrafung gerechtfertigt erscheinen lassen. Mildernd war für den Bw. zu werten das geständige Verhalten, erschwerend hingegen die Fortsetzung der Taten über einen längeren Zeitraum und die zumindest in einem Fall erfolgte Anstiftung einer anderen Person zur verbotswidrigen Verwendung von Heizöl. Nicht als erschwerend zu werten ist hingegen gemäß § 23 Abs.2 FinStrG das Vorliegen von Finanzvorstrafen, da dieser Umstand schon über § 41 FinStrG die Strafdrohung mitbestimmt.

Bezüglich der Höhe der Wertersatzstrafe ist zu beachten, dass sie sich gemäß § 19 Abs.1 und Abs.3 FinStrG aus dem gemeinen Wert, d.i. der zum relevanten Zeitpunkt bestehende Handelswert der Ware, für die der Verfall nicht (mehr) vollzogen werden kann, ergibt. Das bezieht sich auf jene Waren, mit denen das Finanzvergehen ausgeführt wurde, also im gegenständlichen Fall auf das rot gefärbte Heizöl und nicht etwa auf den ungefärbten Dieselkraftstoff, dessen Verwendung zum Betrieb der Fahrzeuge völlig legal wäre. Daher ist der im Erkenntnis des Spruchsenats angeführte Wert von 88.760,97 € zu verringern, weil für die Berechnung dieses Wertersatzbetrages verfehlt der Literpreis des Treibstoffdiesels in der betroffenen Zeit, nämlich 0,869 €/Liter herangezogen wurde, während sich aus den Buchhaltungsunterlagen des Tankstellenpächters für das konsumierte Ofenöl etwas niedrigere Werte ergeben. Der Literpreis für das Ofenöl beträgt während des gegenständlichen Zeitraumes meist 0,83 €/Liter, es treten manchmal auch niedrigere (bis 0,69 €/Liter) und höhere Werte (bis 0,85 €/Liter) auf. Die genaue Auswertung der Buchhaltungsunterlagen der Tankstelle bzw. der Kassabons ergibt gemäß nachfolgender Tabelle den gemeinen Wert der gesamten Heizdieselmenge von 102.141,51 Liter und damit den Wertersatz in Höhe von 83.912,78 €, auf welchen die Wertersatzstrafe spruchgemäß zu verringern war. Dass man den Wertersatz für die im Juni 2007 aufgegriffene Menge nicht dem H, sondern dem Bw. auferlegt, ist auch für den Berufungssenat nachvollziehbar, da letzterer für diese Menge der Anstiftungstäter ist, im Übrigen ist es auch seine Verantwortung, dass diese abgefüllte Menge unbefugt der Beschlagnahme entzogen wurde.

Zeitraum	Ausgaben für Ofenöl in Euro
----------	-----------------------------

2/2006	3166,64
3/2006	2265,26
4/2006	2838,55
5/2006	5052,37
6/2006	5441,95
7/2006	4650,05
8/2006	6959,60
9/2006	5848,25
10/2006	6352,70
11/2006	5354,74
12/2006	6003,75
1/2007	6654,00
2/2007	5369,19
3/2007	5206,61
4/2007	5818,51
5/2007	6777,83
6/2007	152,78
Summe	83912,78

Mit der Herabsetzung des Wertersatzes war auch die an dessen Stelle tretende Ersatzfreiheitsstrafe herabzusetzen, wobei der Berufungssenat die vom Spruchsenat angewandten Relationen zwischen Geldbeträgen und Zeiträumen (ungefähr) beibehalten hat. Von der Anwendung von § 19 Abs.5 FinStrG einer nur teilweisen Auferlegung des Wertersatzes hat der Berufungssenat nicht Gebrauch gemacht. Denn diese Bestimmung nennt als Voraussetzung, dass ein Missverhältnis in objektiver oder subjektiver Hinsicht vorliegen müsste. Bedenkt man nun, dass beim Gesamtwert 83.912,78 € der inkriminierten Heizölmenge eine Abgabenhinterziehung in Gesamthöhe von 23.186,13 € erfolgte, liegt das

objektive Missverhältnis nicht vor. Aber auch in subjektiver Hinsicht liegt es nicht vor in Anbetracht dessen, dass der Beschuldigte gewerbsmäßig und als Rückfallstäter tätig war und eine starke Neigung zur Begehung von Finanzdelikten ersichtlich wurde, wobei er darüber hinaus in zumindest einem Fall Anstiftungstäter war.

Bezüglich des Kostenausspruches ist festzuhalten, dass die Verfahrenskosten pauschal gemäß der zitierten Gesetzesstelle mit 10% der verhängten Geldstrafe, höchstens aber mit 363,- € aufzuerlegen sind. Neben dieser Kostenaufwerfung kann es gemäß lit.d dieser Bestimmung bei Vollzug der Ersatzfreiheitsstrafe zur Auferlegung der Vollzugskosten kommen, was aber im Rahmen des Strafverfahrens nur programmatisch festzustellen und erst bei tatsächlichem Vollzug mit einem eigenen Bescheid festzusetzen ist.

Das „Abarbeiten“ von Strafen im Sozialdienst ist im Finanzstrafgesetz nicht vorgesehen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Abschließend sei darauf hingewiesen, dass ein Ratenansuchen an das Zollamt St. Pölten Krems Wiener Neustadt zu richten wäre und ein Abspruch darüber nicht Sache der vorliegenden Berufungsentscheidung ist.

Wien, am 1. Juni 2010