

# TE Vwgh Erkenntnis 2004/2/26 2002/16/0054

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 26.02.2004

## Index

10/07 Verwaltungsgerichtshof;  
32/01 Finanzverfahren allgemeines Abgabenrecht;

## Norm

FinStrG §102 Abs1;  
FinStrG §115;  
FinStrG §126;  
FinStrG §157;  
FinStrG §19 Abs1 lita;  
VwGG §42 Abs2 Z3;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Steiner und die Hofräte Dr. Fellner und Dr. Kail als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Siegl, über die Beschwerde 1. des GM in E, Deutschland und 2. des MM in J, Deutschland, beide vertreten durch Dr. Klaus Perner, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Alpenstraße 12, gegen den Bescheid der Finanzlandesdirektion für Oberösterreich, Berufungssenat V, vom 20. Dezember 2000, Zlen. RV 921/1-10/2000, RV 922/1- 10/2000, RV 923/1-10/2000, betreffend eine Finanzstrafsache, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführer haben dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 381,90 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

Der Erstbeschwerdeführer reiste am 8. Mai 1996 um ca. 16.00 Uhr aus Tschechien kommend mit seinem PKW mit deutschem Kennzeichen "AA ..." beim Grenzübergang Wullowitz nach Österreich ein. Nach Aufforderung des Zollwacheorganes, zwecks Kontrolle auf die Seite zu fahren, entfernte sich der Erstbeschwerdeführer mit seinem PKW unter Zurücklassung seines Reisepasses. Nach seinem Aufgreifen wurde eine Kontrolle durchgeführt, bei der bei ihm Zettel mit Aufschreibungen und Rechnungen über diverse artgeschützte Vögel, Adressen und Telefonnummern von mehreren Vogelhändlern und Tierärzten vorgefunden wurden, sowie zwei Vogelringe mit bestimmten Nummern und Vogelfedern. Wegen Entziehung aus seiner abgabenrechtlichen Mitwirkungspflicht wurde über den Beschwerdeführer eine Geldstrafe von S 500,- verhängt.

Da die Zollwacheorgane den Verdacht hegten, der Erstbeschwerdeführer hätte in der Zeit zwischen seiner Entfernung

vom Amtsplatz und seiner Ergreifung eingeführte Waren entzogen, erfolgte eine Observierung, die letztlich dazu führte, dass der Erstbeschwerdeführer um ca. 0.25 Uhr mit seinem PKW auf der Linzer Stadtautobahn A7 (Mühlkreisautobahn) angehalten wurde. Gleichzeitig wurde der Zweitbeschwerdeführer, der mit seinem PKW dahinter fuhr, angehalten. Bei Durchsuchung des vom Zweitbeschwerdeführer gelenkten Fahrzeuges wurden im Kofferraum zwei dunkelgraue Papageien mit rosa Wangen (Palmkakadus) und ein grüner Sittich aufgefunden, die wegen des Verdachtes eines vorsätzlichen Finanzvergehens als Tatgegenstände beschlagnahmt wurden. Die beschlagnahmten Vögel wurden am 9. Mai 1996 um ca. 9.00 Uhr dem Vogelpark Schmiding zur artgerechten Verwahrung übergeben. Dort verendete der männliche Kakadu in der darauf folgenden Nacht. In der Folge verstarben auch der weibliche Kakadu, wie dies in einem Schreiben des Vogelparks Schmiding vom 15. Juli 1996 mitgeteilt wurde, und schließlich am 25. April 1997 der Sittich.

Die Beschlagnahme bildete den Gegenstand des hg. Erkenntnisses vom 19. Dezember 1996, ZI.96/16/0227. Die Beschwerde des Zweitbeschwerdeführers wurde mit diesem Erkenntnis als unbegründet abgewiesen.

Am 9. Mai 1996 um 03.50 Uhr erfolgten die Einvernahmen der beiden Beschwerdeführer als Verdächtige vor dem Hauptzollamt Linz als Finanzstrafbehörde erster Instanz. Dem Zweitbeschwerdeführer wurde als Gegenstand der Einvernahme bekannt gegeben, dass der Verdacht des Schmuggels, begangen durch die Einbringung von drei Stück exotischer Vögel aus Tschechien nach Österreich im Zusammenwirken mit dem Erstbeschwerdeführer gegeben sei. Der Zweitbeschwerdeführer gab nur an, dass er die Vögel in Oberösterreich an sich gebracht hätte und von "A" nach "B" transportieren wollte. Er erklärte ausdrücklich, dass er zur Sache keine Aussagen machen wolle. Er gab noch an, dass er am Vortag in den Mittagsstunden möglicherweise über das Zollamt Wegscheid von Deutschland nach Österreich eingereist sei und letztlich nach Salzburg fahren wollte. Der Erstbeschwerdeführer, der Vater des Zweitbeschwerdeführers, gab nach Kenntnisnahme der Niederschrift mit seinem Sohn an, dass er keine Vögel aus Tschechien nach Österreich mitgenommen hätte und er nicht wisse, von wo sie sein Sohn erhalten hätte. Die Frage, ob er seinen Sohn zufällig in Österreich getroffen hätte, beantwortete er nicht.

Zu der für den 12. Oktober 1999 anberaumten mündlichen Verhandlung sind die beiden Beschwerdeführer trotz Ladung nicht erschienen.

Mit Straferkenntnis vom 15. Dezember 1999 erkannte das Hauptzollamt Linz den Erstbeschwerdeführer schuldig, er hätte am 8. Mai 1996 anlässlich seiner Einreise mit seinem PKW aus der tschechischen Republik in das Zollgebiet der Gemeinschaft über das Zollamt Wullowitz die drei genannten Vögel im Gesamtwert von S 320.000,-- (darauf entfallende Eingangsabgaben in Höhe von S 32.000,-- an EUSt) vorsätzlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet der Gemeinschaft verbracht. Er hätte dadurch das Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen, weshalb über ihn eine Geldstrafe von S 15.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 15 Tage) festgesetzt wurde. Gemäß § 19 Abs. 1 FinStrG wurde für die im Spruch angeführten Vögel, die nicht für verfallen erklärt werden konnten, da sie verendet waren, auf anteiligen Wertersatz in Höhe von S 140.000,-- (Ersatzfreiheitsstrafe 42 Tage) erkannt. Weiters wurde er zum Kostenersatz verpflichtet.

Mit Straferkenntnis vom selben Tag wurde der Zweitbeschwerdeführer schuldig erkannt, er hätte am 8./9. Mai 1996 eingangsabgabepflichtige Waren ausländischer Herkunft, nämlich die gegenständlichen Vögel, hinsichtlich welcher durch den Erstbeschwerdeführer das Finanzvergehen des Schmuggels begangen worden war, vorsätzlich an sich gebracht und verheimlicht und dadurch das Finanzvergehen des § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG begangen. Auch über ihn wurde eine Geldstrafe von S 15.000,-- und anteiliger Wertersatz in der selben Höhe wie beim Erstbeschwerdeführer verhängt.

Auf Grund des Umstandes, dass sich der Erstbeschwerdeführer durch Flucht vom Amtsplatz der Zollkontrolle zunächst entzogen habe, ging die Finanzstrafbehörde erster Instanz davon aus, dass er die im Kofferraum des PKW des Zweitbeschwerdeführers gefundenen drei Vögel mit seinem PKW nach Österreich eingeschmuggelt habe. Der Zweitbeschwerdeführer habe diese Vögel, die sich in seinem PKW befanden, an sich gebracht und verheimlicht.

(Am selben Tag erging ein Straferkenntnis gegen Z., der sich im Verfahren als Eigentümer der beiden Palmkakadus deklariert hatte. Ihm wurde vorgeworfen, er hätte den Erstbeschwerdeführer dabei unterstützt, die Sachen zu verheimlichen und damit das Vergehen des § 37 Abs. 1 lit. b FinStrG begangen. Dieses Straferkenntnis wurde mit dem angefochtenen Bescheid aufgehoben und das Strafverfahren gegen Z. eingestellt.)

In ihren Berufungen brachten die Beschwerdeführer vor, der Erstbeschwerdeführer hätte die Tiere nicht in das

Zollgebiet der Europäischen Gemeinschaft eingeführt. Die Tiere seien vom Zweitbeschwerdeführer aus Deutschland nach Österreich gebracht worden, um sie einer endoskopischen Untersuchung durch einen Tierarzt zuzuführen. Auf Grund der hiefür benötigten speziellen Untersuchungsgeräte könne eine derartige Untersuchung nur von wenigen Tierarztpaxen durchgeführt werden; aus diesem Grund sei ein Untersuchungstermin bei Tierarzt Dr. T. in S, Oberösterreich, vereinbart worden. Es sei vereinbart worden, dass die beiden Beschwerdeführer einander in Ansfelden treffen, um gemeinsam den Tierarzt in S aufzusuchen. Der Erstbeschwerdeführer sei zu diesem Zweck von Tschechien kommend nach Österreich eingereist, um sich mit seinem Sohn ins Ansfelden zu treffen. Die Tiere seien niemals in der Gewahrsame des Erstbeschwerdeführer gewesen. Als Beweis für dieses Vorbringen wurde die Vernehmung des Dr. T., wechselseitig des Erst- bzw. des Zweitbeschwerdeführers, der Susanne N., Gattin des Zweitbeschwerdeführers, und des Z. beantragt. Weiters wurde die Auferlegung des Wertersatzes gerügt, da die Tiere bereits in der Gewahrsame der Behörde gewesen seien, als sie verendeten. Schließlich wurde geltend gemacht, dass der von der Behörde herangezogene Wert der Vögel deutlich zu hoch bemessen sei.

Mit Schriftsatz vom 26. Mai 2000 gab der damalige Rechtsvertreter der Beschwerdeführer bekannt, dass das Vollmachtsverhältnis aufgelöst sei.

Zur Berufungsverhandlung vom 20. Dezember 2000 wurden die Beschwerdeführer, Z. und Dr. T. geladen. Hinsichtlich des Erstbeschwerdeführers erfolgte die Zustellung der Ladung durch Übergabe an eine Mitbewohnerin an der Abgabestelle am 9. Dezember, an den Zweitbeschwerdeführer durch "Niederlegung" beim Wohnsitzpostamt und Zurücklassung einer Verständigung am 11. Dezember 2000. Zur Verhandlung sind die Beschwerdeführer und Z. nicht erschienen, es fand die Einvernahme des Dr. T. statt.

In der Berufungsverhandlung wurde die hier angefochtene Berufungsentscheidung verkündet. Bei der Verhandlung stand das Schreiben des Erstbeschwerdeführers vom 11. Dezember 2000, gerichtet an die Finanzlandesdirektion für Oberösterreich und dort eingelangt am 18. Dezember 2000, noch nicht zur Verfügung. In diesem Schreiben ersuchte der Beschwerdeführer um eine Vertagung auf einen späteren Zeitpunkt (Februar-März 2001). Er führte darin aus, dass der Zweitbeschwerdeführer beruflich nicht abkömmlig sei, weil er einen Grundlehrgang für Rekruten leite und erst am 23. Dezember wieder nach Hause komme. Der Erstbeschwerdeführer leide seit Jahren an einer chronischen Lumboischialgie und zusätzlich noch an zwei Bandscheibenvorfällen, sodass er nicht in der Lage sei, eine längere Reise durchzuführen. Mit diesem Schreiben vorgelegt wurden ärztliche Bestätigungen vom 16. März 2000 und vom 20. November 1998, die auf diese Lumboischialgie Bezug nehmen; im Attest vom 20. November 1998 wird auch ausgeführt, dass der Erstbeschwerdeführer nicht in der Lage sei, am 3. November 1998 eine längere Reise durchzuführen.

Mit dem angefochtenen Bescheid gab die belangte Behörde den Berufungen der Beschwerdeführer keine Folge. Sie ging dabei von folgendem, gerafft wiedergegebenen Sachverhalt aus:

Der Erstbeschwerdeführer stellte sich am 8. Mai 1996, mit seinem PKW aus der tschechischen Republik kommend, am Zollamt Wullovitz zur Einreiseendabfertigung. Nach erfolgten Passkontrolle entzog er sich der beabsichtigten Kontrolle des von ihm benutzten Fahrzeuges durch eine Flucht nach Österreich. Nach eingeleiteter Fahndung wurde er "einige Zeit später" aufgegriffen und mit seinem PKW zum Zollamt Wullovitz zurück gebracht. Im Kofferraum seines PKWs wurden zwei Vogelringe, deren Herkunft unklar blieb, sowie Vogelfedern gefunden, aber keine Schmuggelware. Der Erstbeschwerdeführer gab damals an, dass er wegen großer Schmerzen nach einer Operation den Amtsplatz des Zollamtes vor Durchführung der Zollkontrolle verlassen hätte. Um 0.25 Uhr des Folgetages wurde der Erstbeschwerdeführer auf der Mühlkreisautobahn A7 in Fahrtrichtung Westautobahn im Bereich der Ausfahrt Linz-Urfahr von Organen der Bundespolizeidirektion Linz angehalten; unmittelbar danach wurde das in einem größeren Abstand folgende Fahrzeug, welches vom Zweitbeschwerdeführer gelenkt worden war, gleichfalls angehalten. Bei der Durchsuchung des vom Zweitbeschwerdeführer gelenkten Fahrzeuges wurden im Kofferraum zwei dunkelgraue Papageien mit rosa Wangen und ein grüner Sittich (Rotscheitelsittich) aufgefunden. Diese Tiere wurden beschlagnahmt. Dokumente über diese Tiere wurden nicht aufgefunden; der Zweitbeschwerdeführer erklärte, die erforderlichen Papiere zu Hause zu haben.

Die Bestätigung des Schulterspruches gründete die belangte Behörde auf folgende abschließende Feststellung:

"Der mit exotischen Vögeln handelnde und mit den verletzten Rechtsgütern durchaus vertraute Erstbeschwerdeführer hat offenkundig die bewussten artgeschützten Vögel in Tschechien auf dem Schwarzmarkt erworben und diese

entgegen den ihm wohl bekannten zollrechtlichen Vorschriften in das Zollgebiet der EU verbringen wollen, wozu er die Tiere im Kofferraum seines Fahrzeuges versteckte, um mit diesen über das Zollamt Wullowitz nach Österreich einzureisen. Der Entdeckung der Schmuggelware

entzog er sich durch Flucht, ... Die Tiere sind nach der Flucht

des Erstbeschwerdeführers vom Zollamt in der Folge in den PKW des Zweitbeschwerdeführers umgeladen worden, wobei der Zweitbeschwerdeführer offenkundig spätestens vor diesem Umladen von dem zollunredlichen Verhalten seines Vaters Kenntnis erlangt haben muss."

Rechtlich beurteilte die belangte Behörde dieses Verhalten dahingehend, dass der Erstbeschwerdeführer die gegenständlichen eingangsabgabenpflichtigen Waren absichtlich vorschriftswidrig in das Zollgebiet verbracht und damit den Tatbestand des Schmuggels gemäß § 35 Abs. 1 lit. a FinStrG in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt habe. Der Zweitbeschwerdeführer, der die grundsätzliche Rechtslage betreffend dieser Tiere gekannt habe, hätte erfasst, dass die in größter Eile aus dem Kofferraum des Fahrzeugs seines Vaters in sein Fahrzeug umgeladenen Vögel tatsächlich von seinem Vater nach Österreich geschmuggelt worden waren, woraufhin diese nun vor behördlicher Entdeckung durch Unterbringung in den Kofferraum seines eigenen Fahrzeugs sicherzustellen und beiseite zu schaffen waren, weshalb er die Vögel auch tatsächlich in seine Gewahrsame übernommen habe und mit ihnen davon gefahren sei. Darin liege ein vorsätzliches Verheimlichen im Sinne des § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG.

Bezüglich des strafbestimmenden Wertbetrages stützte sich die belangte Behörde auf eine Auskunft des Leiters des Vogelparks Schmiding. Was die verhängte Wertersatzstrafe betrifft, verwies die belangte Behörde auf § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG, weil infolge des Unterganges der Gegenstände ein Verfall unvollziehbar wurde. Ein Verschulden der Behörde am Untergang liege nicht vor.

In ihrer dagegen erhobenen Beschwerde erachten sich die Beschwerdeführer in ihrem Recht auf Einstellung des Finanzstrafverfahrens sowie in bestimmten Verfahrensrechten verletzt. Sie beantragen die Aufhebung des angefochtenen Bescheides wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften und wegen inhaltlicher Rechtswidrigkeit.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Als Verfahrensmangel machen die Beschwerdeführer zunächst geltend, dass die mündliche Berufungsverhandlung in ihrer Abwesenheit durchgeführt worden sei, obwohl sich die Beschwerdeführer (der Erstbeschwerdeführer auch für den Zweitbeschwerdeführer) in glaubhafter und plausibler sowie bescheinigter Weise entschuldigt und eine Terminverlegung begehrt hätten.

Gemäß § 157 FinStrG gilt für die Berufungsverhandlung die Bestimmung des § 126 FinStrG. Danach hindert, wenn der Beschuldigte einer Vorladung zur Verhandlung nicht nachkommt, ohne durch Krankheit, Gebrechlichkeit oder ein sonstiges begründetes Hindernis abgehalten zu sein, dies nicht die Durchführung der mündlichen Verhandlung und die Fällung des Erkenntnisses auf Grund der Verfahrensergebnisse. Die Ladungen, die den Beschwerdeführern am 9. bzw. 11. Dezember 2000 zugestellt wurden, enthielten eine entsprechende Belehrung; sie stammen von der belangten Behörde, enthielten die Geschäftszahlen und den Namen des Sachbearbeiters. Das oben zitierte Entschuldigungsschreiben ist an die Finanzlandesdirektion für Oberösterreich (ohne Hinweis auf den Berufungssenat) gerichtet und enthält keine Geschäftszahl. Es langte, wie aus dem Einlaufstempel ersichtlich, am 18. Dezember 2000 bei der Finanzlandesdirektion für Oberösterreich ein; der Sachbearbeiter vermerkte, dass es bei ihm mit Dienstpost am 20. Dezember 2000 um ca. 9.50 Uhr eingelangt sei und dass sich durch einen Anruf herausgestellt habe, dass die Verhandlung bereits durch Verkündung der Entscheidung beendet sei.

Ein erst nach der Beschlussfassung des Senates eingelangtes Entschuldigungsschreiben kann nicht die rechtliche Wirkung haben, nachträglich die getroffene Entscheidung des zusammen getretenen Kollegialorganes rechtswidrig zu machen (siehe das bei Fellner, Kommentar zum Finanzstrafgesetz, II, Rz. 10 zu §§ 125 bis 135 FinStrG zitierte Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 27. Juni 1972, Zl. 603/72). Dieser Rechtsprechung ist gerade in Anbetracht der heute gegebenen Kommunikationsmöglichkeiten zu folgen: Auf der Ladung ist der Name des Sachbearbeiters deutlich hervorgehoben, es ist seine Telefonnummer, seine Faxnummer und seine e-mail-Adresse

angegeben. Trotzdem hat sich der Erstbeschwerdeführer damit begnügt, ein Entschuldigungsschreiben mittels eingeschriebenem Brief an die Finanzlandesdirektion ohne nähere Beschreibung des Adressaten zu übermitteln, sodass er ein nicht rechtzeitiges Einlangen beim Berufungssenat offenbar in Kauf genommen hat.

Darüber hinaus ist der Berufungssenat nur dann in der Lage, eine Entscheidung darüber zu treffen, ob ein im § 126 FinStrG genanntes Hindernis vorliegt, wenn über eine bloße Behauptung hinaus auch eine Bescheinigung gegeben ist. Dies ist im vorliegenden Fall, wenn dem Berufungssenat das Entschuldigungsschreiben des Erstbeschwerdeführers vom 11. Dezember 2000 samt Beilagen schon vorgelegen gewesen wäre, zu verneinen: Die beiden ärztlichen Bestätigungen aus 1998 und aus März 2000 sagen nichts darüber aus, ob der Erstbeschwerdeführer daran gehindert war, an einer Verhandlung am 20. Dezember 2000 teilzunehmen. Bezuglich der bloß behaupteten Bandscheibenvorfälle wird überhaupt keine ärztliche Bestätigung vorgelegt. Auch die berufliche Verhinderung des Zweitbeschwerdeführers wird bloß behauptet, ohne dass ein Bescheinigungsmittel dazu auch nur angeboten worden wäre.

Zu Recht hat die belangte Behörde in diesem Zusammenhang auf die grundsätzliche Möglichkeit einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (§ 167 FinStrG) verwiesen, die von den Beschwerdeführern aber nicht genutzt wurde.

Bedenkt man weiters, dass die Beschwerdeführer im Rahmen des Verwaltungsstrafverfahrens durchaus Gelegenheit hatten, ihr rechtliches Gehör zu wahren, diese aber nicht nützten - insbesondere sind sie unentschuldigt zur Verhandlung erster Instanz nicht erschienen -, so ist der belangten Behörde kein Verfahrensverstoß anzulasten, wenn sie die Verhandlung in deren Abwesenheit durchgeführt und das Erkenntnis auf Grund der Verfahrensergebnisse gefällt hat (vgl. auch das bei Fellner a.a.O. wiedergegebene Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 23. September 1981, Zl. 81/13/0100).

In der Verhandlung wurde der von den Beschwerdeführern beantragte Zeuge Dr. T. einvernommen; wären sie erschienen, hätten sie Gelegenheit gehabt, an diesen Zeugen Fragen zu richten.

Neben den beiden Beschwerdeführern ist auch der Berufungswerber und Mitbeschuldigte Z. zur Verhandlung nicht erschienen. In den Berufungen wurden die jeweils anderen Beschuldigten als Zeugen namhaft gemacht; Zeuge kann aber weder der Beschuldigte noch der Mitbeschuldigte sein, es ist unzulässig, in einem Finanzstrafverfahren einem Beschuldigten über die für die Schuld eines anderen Beschuldigten maßgebenden Tatsachen als Zeugen zu vernehmen (siehe die Nachweise bei Fellner a.a.O., Rz. 9a zu §§ 102 bis 108 FinStrG). Auch insofern liegt daher kein Verfahrensmangel vor.

In den Berufungen wurde S., die Gattin des Zweitbeschwerdeführers, als Zeugin namhaft gemacht, ohne dass ein konkretes Thema genannt worden wäre. Im Verfahren ist bis zur Berufungsverhandlung nicht hervor gekommen, inwieweit sie am Handlungsablauf beteiligt gewesen und daher eine Wahrnehmung hätte wiedergeben können. Wenn erst in der Beschwerde behauptet wird, S. wäre dabei gewesen, wie der Zweitbeschwerdeführer die Vögel in seinen PKW eingeladen hat, steht einer Behandlung dieses Vorbringens das aus § 41 Abs. 1 VwGG abgeleitete Neuerungsverbot entgegen.

Die Beschwerdeführer rügen weiters, dass entgegen ihrem Antrag in der Berufung kein Gutachten eines Sachverständigen aus dem Fachgebiet der Zoologie/Ornithologie eingeholt wurde. Soweit das Thema eines solchen Sachverständigengutachtens die Übereinstimmung der von den Beschwerdeführern vorgelegten CITES-Bestätigungen mit den beschlagnahmten Vögeln gewesen ist, wird darauf bei Behandlung der Rechtsrüge eingegangen. Ein solches Gutachten wurde in der Berufung auch hinsichtlich der Höhe des strafbestimmenden Wertbetrages verlangt; die Beschwerdeführer haben mit der Berufung zwei Bestätigungen tschechischer Händler vorgelegt, wonach Palmkakadus der gegenständlichen Gattung pro Paar einen Marktwert von S 56.000,-- bis S 70.000,-- Rotscheitelsittiche einen Marktwert von S 5.000,-- aufweisen. Die belangte Behörde ging hingegen von einem Gesamtwert von S 320.000,-

- aus und berief sich dabei auf eine telefonische Auskunft, die im Aktenvermerk vom 28. Mai 1996 festgehalten wurde. Danach gab Prim. Dr. A., Leiter des Vogelparkes Schmiding, an, dass ein Rotscheitelsittich einen Wert von ca. S 20.000,-- hätte, und dass ein Preis von S 150.000,-- für einen Palmkakadu erzielt werden kann.

Gemäß § 98 Abs. 1 FinStrG kommt als Beweismittel im Finanzstrafverfahren grundsätzlich alles in Betracht, was zur Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes geeignet und nach der Lage des einzelnen Falles zweckdienlich ist. Die

Auskunft des Leiters des Vogelparks Schmiding kam durchaus als Beweismittel in Betracht. Die belangte Behörde hat darauf hingewiesen, dass es sich bei dem gegenständlichen Markt in Tschechien betreffend die spruchgegenständlichen artgeschützten Tiere offenkundig um einen solchen handelt, der infolge der behördlichen Verfolgung der Käufer der zum Export in den EU-Raum bestimmten exotischen Tiere in seinem Preisverhalten wenig durchschaubar und großen örtlichen und zeitlichen Schwankungen unterliegen muss; verglichen wurde dies mit dem Suchtgifthandel. Nicht unschlüssig ist die Darlegung, dass Auskünfte und Bestätigungen von Verkäufern solcher Ware gegenüber Behörden in Strafverfahren gegen Kunden, welche mit derartigen Waren aufgegriffen werden, nur von eingeschränktem Wahrheitsgehalt sind. Es ist daher durchaus plausibel, wenn die belangte Behörde der Äußerung des jedenfalls Sachkundigen Dr. A. den Vorzug gab; die Beschwerdeführer vermögen auch nicht aufzuzeigen, warum ein (weiteres) Sachverständigengutachten eine höhere Treffsicherheit bei Ermittlung des strafbestimmenden Wertbetrages geboten hätte.

Überhaupt überzeugt schon auf Grund des unstrittigen Sachverhaltes die Beweiswürdigung der belangten Behörde, die zur Feststellung führte, der Erstbeschwerdeführer hätte die Vögel aus Tschechien eingeführt. Auffällig ist zunächst, dass beide Beschwerdeführer bei ihren Vernehmungen am 9. Mai 1996 um

3.50 Uhr, also nach ihrer Anhaltung, sich zunächst weigerten, in der Sache Angaben zu machen; der Zweitbeschwerdeführer gab nur an, dass er am Vortag in den Mittagsstunden über das Zollamt Wegscheid von Deutschland nach Österreich eingereist sei; der Erstbeschwerdeführer begnügte sich mit der Angabe, er hätte keine Vögel aus Tschechien nach Österreich mitgenommen.

Wenn der Zweitbeschwerdeführer in den Mittagsstunden des 8. Mai 1996 nach Österreich eingereist ist, um, wie er behauptete, die Tiere dem Tierarzt Dr. T. in Sattledt vorzuführen, wobei Dr. T. in Abrede stellte, dass mit ihm eine Terminvereinbarung getroffen worden wäre, so ist es unerklärlich, warum er sich um 0.25 Uhr des nächsten Tages mit den Tieren im Kofferraum auf der Linzer Stadtautobahn aufgehalten hat. In Anbetracht der Umstände, die sich bei der Einreise des Erstbeschwerdeführers aus Tschechien zugetragen haben, der in den Gendarmerie- und Polizeiprotokollen dokumentierten stundenlangen Verfolgungsfahrten und der Tatsache, dass beim Anhalten des Erstbeschwerdeführers um 0.25 Uhr unmittelbar darauf auch der Zweitbeschwerdeführer angehalten werden konnte, erscheint die Schlussfolgerung der belangten Behörde, der Erstbeschwerdeführer habe, nachdem er sich der Zollkontrolle entzogen hatte, die Vögel an seinen Sohn übergeben, logisch.

Die Beschwerdeführer rügen, dass die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid nicht festgestellt hat, wie lange der Erstbeschwerdeführer vom Amtsplatz Wullowitz entfernt war; es findet sich nur die Feststellung, dass der Erstbeschwerdeführer "einige Zeit später" aufgegriffen wurde. In der Beschwerde wird behauptet, diese Abwesenheit hätte nicht länger als 10 Minuten (Seite 3 der Beschwerde) bzw. 15 Minuten (Seite 36 der Beschwerde) gedauert.

Damit vermögen die Beschwerdeführer aber einen Mangel in der Sachverhaltsermittlung nicht darzutun, weil auch in dieser kurzen Zeit eine Übergabe von Kofferraum zu Kofferraum nicht ausgeschlossen erscheint.

In ihrer Rechtsrüge bringen die Beschwerdeführer vor, dass auch der festgestellte Sachverhalt den Tatbestand des Schmuggels bzw. der Abgabenhehlerei nicht erfülle.

Die §§ 35 und 37 FinStrG, BGBl. Nr. 129/1958, zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 681/1994, lauten auszugsweise:

"§ 35. (1) Des Schmuggels macht sich schuldig, wer eingangs- oder ausgangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich dem Zollverfahren oder sonst der zollamtlichen Überwachung entzieht.

4) Der Schmuggel wird mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Waren entfallenden Abgabenbetrages, die Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages geahndet. Der Geldstrafe ist an Stelle des Regelzollsatzes der Präferenzzollssatz zu Grunde zu legen, wenn der Beschuldigte nachweist, dass die Voraussetzungen für dessen Inanspruchnahme gegeben waren. Neben der Geldstrafe ist nach Maßgabe des § 15 auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu erkennen. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen.

§ 37. (1) Der Abgabenhehlerei macht sich schuldig, wer vorsätzlich

a) 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; ...

2) Die Abgabenhehlerei wird mit einer Geldstrafe bis zum Zweifachen des Verkürzungsbetrages an Verbrauchsteuern oder an Eingangs- oder Ausgangsabgaben geahndet, die auf die verhehlten Sachen oder die Sachen, die in den verhehlten Erzeugnissen enthalten sind, entfallen. Neben der Geldstrafe ist nach Maßgabe des § 15 auf Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr zu erkennen. Auf Verfall ist nach Maßgabe des § 17 zu erkennen. "

Ausgehend davon, dass der Erstbeschwerdeführer die drei Vögel aus Tschechien nach Österreich verbracht hat, ohne sie einem Zollverfahren zuzuführen, ist der Tatbestand des § 35 Abs. 1 FinStrG in objektiver Weise erfüllt, da gemäß § 1 Abs. 1 Z. 3 UStG die Einfuhr von Gegenständen der Umsatzsteuer unterliegt. An der subjektiven Tatseite kann auf Grund der festgestellten Flucht vom Amtsplatz und der Übergabe an den Zweitbeschwerdeführer kein Zweifel bestehen. Dementsprechend muss die Übernahme durch den Zweitbeschwerdeführer in unmittelbarer Nähe des Zollamtes Wullowitz als vorsätzliche Abgabenhehlerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG angesehen werden.

Da die tschechische Republik ein Drittland ist, wäre es ohne Einfluss gewesen, wenn der Erstbeschwerdeführer über eine CITES-Bescheinigung verfügt hätte.

Ausgehend davon, dass der auf die Waren entfallende Abgabenbetrag S 32.000,-- an Einfuhrumsatzsteuer ausmacht, erfolgte die Strafzumessung im Rahmen des § 35 Abs. 4 bzw. § 37 Abs. 2 FinStrG.

Die Beschwerdeführer sind auch nicht im Recht, soweit sie die Verhängung der Wertersatzstrafe bekämpfen:

§ 35 Abs. 4 und § 37 Abs. 2 FinStrG sehen als weitere Sanktion den Verfall vor. Nach § 17 Abs. 2 lit. a FinStrG unterliegen dem Verfall die Sachen, hinsichtlich derer das Finanzvergehen begangen wurde. Nach § 19 Abs. 1 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.

Auf die letztgenannte Bestimmung stützte die belangte Behörde die verhängte Wertersatzstrafe mit der Begründung, dass die beschlagnahmten lebenden Vögel "als lebendige" zum Zeitpunkt der Fällung der gegenständlichen Berufungsentscheidung nicht mehr vorhanden waren, sodass eine Übertragung des Eigentums an derartigen Sachen auf die Republik Österreich nicht mehr möglich sei, weshalb das Rechtsinstitut der Wertersatzstrafe zur Anwendung gelange.

Nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG muss, falls bei Fällung der Entscheidung erster Rechtsstufe feststeht, dass der Verfall (aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen) nicht vollziehbar ist, auf Wertersatz erkannt werden. Aus tatsächlichen Gründen ist der Verfall dann nicht möglich, wenn der Verfallsgegenstand, aus welchen Gründen immer, nicht oder nicht mehr greifbar ist (hg. Erkenntnis vom 25. September 1991, Zl. 91/16/0056).

Der Verwaltungsgerichtshof hatte im Falle des Erkenntnisses vom 18. April 1997, Zl. 95/16/0115, die Wertersatzstrafe für beschlagnahmte, aber vor Fällung des Straferkenntnisses verendete Vögel zu beurteilen: Voraussetzung für den Wertersatz ist allein § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG, weil im Zeitpunkt der Entscheidung feststand, dass der Verfall unvollziehbar wäre. Keine Veranlassung bestand zur Prüfung der Frage, warum die Tiere verendeten, weil es allein darauf ankommt, ob der Verfall vollziehbar ist oder nicht. Aus welchen Gründen der Vollzug des Verfalls scheitern würde und ob die Behörde alle möglichen Sicherungsmittel ausgeschöpft hat, ist für die Voraussetzungen des § 19 Abs. 1 lit. a FinStrG ohne Belang (vgl. dazu auch Sommergruber-Reeger, Das Finanzstrafgesetz, 141 und die bei Dorazil-Harbich, MGA FinStrG unter Nr. 6 zu § 19 FinStrG zitierte Rechtsprechung).

Die Beschwerde erwies sich somit zur Gänze als unbegründet, weshalb sie gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen war.

Der Ausspruch über den Kostenersatz gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der Verordnung BGBI. II Nr. 333/2003, insbesondere deren § 3 Abs. 2.

Wien, am 26. Februar 2004

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2004:2002160054.X00

**Im RIS seit**

09.04.2004

**Zuletzt aktualisiert am**

24.06.2013

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)