

# TE OGH 2000/6/6 140s34/00

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.06.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 6. Juni 2000 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Massauer als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Mayrhofer, Dr. Holzweber, Dr. Ratz und Dr. Philipp als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtswärters Mag. Redl als Schriftführer, in der Finanzstrafsache gegen Akos K\*\*\*\*\* wegen des Finanzvergehens der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach §§ 37 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG und eines anderen Finanzvergehens, über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 29. November 1999, GZ 42 Vr 105/99-71, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Wiener Neustadt zurückverwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

## Text

Gründe:

Abweichend von der wegen gewerbsmäßigen Schmuggels (§§ 35 Abs 1 [zu ergänzen: lit a], 38 Abs 1 lit a FinStrG) und (tateinheitlichen) vorsätzlichen Eingriffs in die Rechte des Tabakmonopols (§ 44 Abs 1 lit b FinStrG) erhobenen Anklage wurde Akos K\*\*\*\*\* der in Tateinheit begangenen (richtig: Finanz-)Vergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach §§ 37 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs 1 lit a FinStrG schuldig erkannt.

Darnach hat er von Juni bis 1. September 1995 in K\*\*\*\*\* 100.000 Zigarretten der Marken Memphis Classic, Marlboro, HB und Ernte 23, mithin Monopolgegenstände, hinsichtlich welcher durch Schmuggel in Monopolrechte eingegriffen wurde, an Robert L\*\*\*\*\* veräußert und dadurch vorsätzlich "an sich gebracht und" verhandelt, wobei es ihm darauf ankam, sich durch wiederkehrende Begehung von Abgabenhehlerei eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

In seiner unter anderem aus § 281 Abs 1 Z 8 StPO erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde wirft der Angeklagte dem Erstgericht eine (bloß) in der Missachtung des § 262 StPO gelegene Anklageüberschreitung vor. Wäre er nämlich gemäß dieser Bestimmung dazu gehört worden, dass die der Anklage (insgesamt) zugrundeliegenden Tatsachen an sich oder in Verbindung mit den erst in der Hauptverhandlung hervorgetretenen Umständen statt gewerbsmäßigem Schmuggel (§§ 35 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG) und vorsätzlichem Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols (§ 44 Abs 1 lit b FinStrG) den Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach §§ 37 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs 1 lit a FinStrG zu subsumieren sein könnten, wäre er in die Lage gekommen, seine Verteidigung darauf einzustellen und insbesondere einen Entlastungsbeweis dahin zu führen, dass der - von ihm stets in Abrede gestellte - Verkauf nicht (auch) selbst

geschmuggelter Zigarretten sogar verlustbringend und damit nicht glaubhaft gewesen wäre. In seiner unter anderem aus § 281 Abs 1 Z 8 StPO erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde wirft der Angeklagte dem Erstgericht eine (bloß) in der Missachtung des § 262 StPO gelegene Anklageüberschreitung vor. Wäre er nämlich gemäß dieser Bestimmung dazu gehört worden, dass die der Anklage (insgesamt) zugrundeliegenden Tatsachen an sich oder in Verbindung mit den erst in der Hauptverhandlung hervorgetretenen Umständen statt gewerbsmäßigem Schmuggel (§§ 35 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG) und vorsätzlichem Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols (§ 44 Abs 1 lit b FinStrG) den Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach §§ 37 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG und der Monopolhehlerei nach § 46 Abs 1 Litera a, FinStrG zu subsumieren sein könnten, wäre er in die Lage gekommen, seine Verteidigung darauf einzustellen und insbesondere einen Entlastungsbeweis dahin zu führen, dass der - von ihm stets in Abrede gestellte - Verkauf nicht (auch) selbst geschmuggelter Zigarretten sogar verlustbringend und damit nicht glaubhaft gewesen wäre.

Dazu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 8 StPO liegt vor, wenn das ergangene Endurteil die Anklage "gegen die Vorschrift der §§ 262, 263 und 267 StPO überschritten hat". Das Gesetz spricht nicht von einer Mehrzahl von Vorschriften, vielmehr von einer einzigen, aus den konjunktiv (durch "und") verknüpften - gleichsam in Klammer stehenden - Bestimmungen der §§ 262, 263 und 267 StPO bestehenden Vorschrift. Demnach läge - nach den Gesetzen der Logik - Anklageüberschreitung im Sinne dieses Nichtigkeitsgrundes stets dann vor, wenn auch nur einer der drei genannten Bestimmungen zuwider gehandelt würde, soweit vorliegend von Interesse also der des § 262 StPO oder der des § 267 StPO. Der Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 8 StPO liegt vor, wenn das ergangene Endurteil die Anklage "gegen die Vorschrift der §§ 262, 263 und 267 StPO überschritten hat". Das Gesetz spricht nicht von einer Mehrzahl von Vorschriften, vielmehr von einer einzigen, aus den konjunktiv (durch "und") verknüpften - gleichsam in Klammer stehenden - Bestimmungen der §§ 262, 263 und 267 StPO bestehenden Vorschrift. Demnach läge - nach den Gesetzen der Logik - Anklageüberschreitung im Sinne dieses Nichtigkeitsgrundes stets dann vor, wenn auch nur einer der drei genannten Bestimmungen zuwider gehandelt würde, soweit vorliegend von Interesse also der des § 262 StPO oder der des Paragraph 267, StPO.

Dieses Ergebnis stimmt systematisch mit den sich ergänzenden Nichtigkeitsgründen des § 345 Abs 1 Z 6 und 7 StPO im geschworenengerichtlichen Verfahren überein. Überraschungen, wie sie § 262 StPO im schöffengerichtlichen Verfahren hintanhaltend will, wird dort durch die Bestimmungen der §§ 312, 313, 314 und 317 StPO über die Fragestellung an die Geschworenen vorgebeugt, deren Missachtung auch ausdrücklich unter Nichtigkeitssanktion steht (wobei Beweisanträge der Parteien auch nach Verlesung dieser Fragen noch zulässig sind). Dieses Ergebnis stimmt systematisch mit den sich ergänzenden Nichtigkeitsgründen des Paragraph 345 &, #, 160 ;, A, b, s, &, #, 160 ;, eins, Ziffer 6 und 7 StPO im geschworenengerichtlichen Verfahren überein. Überraschungen, wie sie § 262 StPO im schöffengerichtlichen Verfahren hintanhaltend will, wird dort durch die Bestimmungen der Paragraphen 312,, 313, 314 und 317 StPO über die Fragestellung an die Geschworenen vorgebeugt, deren Missachtung auch ausdrücklich unter Nichtigkeitssanktion steht (wobei Beweisanträge der Parteien auch nach Verlesung dieser Fragen noch zulässig sind).

Ogleich der (über § 267 StPO hinausgehende) Inhalt des § 262 StPO nur in der dort vorgeschriebenen Anhörung der Parteien besteht, steht der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass deren Unterlassung "an sich" nicht mit Nichtigkeit bedroht ist (vgl Mayerhofer StPO4 § 262 E 115, Lohsing/Serini, Österreichisches Strafprozessrecht, 421, Roeder, Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes2, 211). Allerdings lässt er es sich häufig angelegen sein, darauf hinzuweisen, dem Schutzzweck der Bestimmung sei fallbezogen entsprochen worden (vgl etwa 48/66; in den Fällen der SSt 20/99, RZ 1987/46 durch abweichende Tatbeurteilung seitens des Anklägers selbst). Zudem ziehe die Verletzung des § 262 StPO in der Regel Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO nach sich (vgl SSt 28/64). In EvBl 1950/385 hinwieder wurde ein Verfahrensmangel (Z 4) mit der Begründung verneint, der Verteidiger habe "in Kenntnis der geänderten rechtlichen Beurteilung" weder die Vertagung begehrt noch Beweisanträge gestellt. Ogleich der (über Paragraph 267, StPO hinausgehende) Inhalt des § 262 StPO nur in der dort vorgeschriebenen Anhörung der Parteien besteht, steht der Oberste Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung auf dem Standpunkt, dass deren Unterlassung "an sich" nicht mit Nichtigkeit bedroht ist vergleiche Mayerhofer StPO4 § 262 E 115, Lohsing/Serini, Österreichisches Strafprozessrecht, 421, Roeder, Lehrbuch des österreichischen Strafverfahrensrechtes2, 211). Allerdings lässt er es sich häufig angelegen sein, darauf hinzuweisen,

dem Schutzzweck der Bestimmung sei fallbezogen entsprochen worden vergleiche etwa 48/66; in den Fällen der SSt 20/99, RZ 1987/46 durch abweichende Tatbeurteilung seitens des Anklägers selbst). Zudem ziehe die Verletzung des § 262 StPO in der Regel Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Ziffer 5, StPO nach sich vergleiche SSt 28/64). In EvBl 1950/385 hinwieder wurde ein Verfahrensmangel (Z 4) mit der Begründung verneint, der Verteidiger habe "in Kenntnis der geänderten rechtlichen Beurteilung" weder die Vertagung begehrt noch Beweisanträge gestellt.

Vorliegend lautete der vom Staatsanwalt als gewerbsmäßiger Schmuggel (§§ 35 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG) und vorsätzlicher Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols (§ 44 Abs 1 lit b FinStrG) rechtlich beurteilte Anklagevorwurf (§ 207 Abs 2 Z 2 und 3 StPO), K\*\*\*\*\* habe die Monopolwaren "dem Zollverfahren (gewerbsmäßig) entzogen und zu seinem Vorteil einem monopolrechtlichen Einfuhrverbot zuwider eingeführt". Statt der im Anklagetenor angeführten Tat wurde der Angeklagte jedoch einer anderen Tat (eines anderen historischen Geschehens) schuldig erkannt, nämlich, die geschmuggelten Zigarretten verhandelt zu haben (idS auch S 14 der EBRV zur FinStrG-Nov 1985; zu den Begriffen "Tat" und "strafbare Handlung" vgl Ratz in WK2 Vorbem §§ 28 bis 31 Rz 1). Vorliegend lautete der vom Staatsanwalt als gewerbsmäßiger Schmuggel (§§ 35 Abs 1 lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG) und vorsätzlicher Eingriff in die Rechte des Tabakmonopols (§ 44 Abs 1 lit b FinStrG) rechtlich beurteilte Anklagevorwurf (§ 207 Abs 2 Z 2 und 3 StPO), K\*\*\*\*\* habe die Monopolwaren "dem Zollverfahren (gewerbsmäßig) entzogen und zu seinem Vorteil einem monopolrechtlichen Einfuhrverbot zuwider eingeführt". Statt der im Anklagetenor angeführten Tat wurde der Angeklagte jedoch einer anderen Tat (eines anderen historischen Geschehens) schuldig erkannt, nämlich, die geschmuggelten Zigarretten verhandelt zu haben (idS auch S 14 der EBRV zur FinStrG-Nov 1985; zu den Begriffen "Tat" und "strafbare Handlung" vergleiche Ratz in WK2 Vorbem §§ 28 bis 31 Rz 1).

Durch den wegen gewerbsmäßiger Abgabehlehre und Monopolhehle ere ergangenen Schuldspruch allein wurde die Anklage iS des § 267 StPO nicht überschritten, wurde doch der im Tenor der Anklageschrift genannte Vorwurf sachverhaltsmäßig damit begründet (§ 207 Abs 3 StPO), dass K\*\*\*\*\* die Zigarretten, welche "er anlässlich seiner Anreisen über das Zollamt Kl\*\*\*\*\* nach Österreich geschmuggelt hat", "an L\*\*\*\*\* lieferte" (Mayerhofer StPO4 § 262 E 5, 22, 144). Der prozessuale Tatbegriff (nach welchem beurteilt wird, ob Anklage und Urteil denselben Lebenssachverhalt meinen) ist nämlich aus Gründen der Prozessökonomie und um dem Angeklagten mehrfache Verfolgung zu ersparen (vgl Lohsing/Serini aaO, 419), vom materiellen Tatbegriff iS des § 21 Abs 1 FinStrG (vgl auch § 28 Abs 1 StGB) derart zu unterscheiden, dass zwar bei Tateinheit (iS des § 21 Abs 1 FinStrG) stets auch nur eine Tat iS des Prozessrechtes vorliegt, nicht aber umgekehrt (vgl Ratz aaO Rz 19 ff, zuletzt EvBl 1999/111 = JBl 2000, 130 = RZ 1999/57). Durch den wegen gewerbsmäßiger Abgabehlehre und Monopolhehle ere ergangenen Schuldspruch allein wurde die Anklage iS des Paragraph 267, StPO nicht überschritten, wurde doch der im Tenor der Anklageschrift genannte Vorwurf sachverhaltsmäßig damit begründet (§ 207 Abs 3 StPO), dass K\*\*\*\*\* die Zigarretten, welche "er anlässlich seiner Anreisen über das Zollamt Kl\*\*\*\*\* nach Österreich geschmuggelt hat", "an L\*\*\*\*\* lieferte" (Mayerhofer StPO4 § 262 E 5, 22, 144). Der prozessuale Tatbegriff (nach welchem beurteilt wird, ob Anklage und Urteil denselben Lebenssachverhalt meinen) ist nämlich aus Gründen der Prozessökonomie und um dem Angeklagten mehrfache Verfolgung zu ersparen vergleiche Lohsing/Serini aaO, 419), vom materiellen Tatbegriff iS des § 21 Abs 1 FinStrG (vgl auch § 28 Abs 1 StGB) derart zu unterscheiden, dass zwar bei Tateinheit (iS des § 21 Abs 1 FinStrG) stets auch nur eine Tat iS des Prozessrechtes vorliegt, nicht aber umgekehrt vergleiche Ratz aaO Rz 19 ff, zuletzt EvBl 1999/111 = JBl 2000, 130 = RZ 1999/57).

Beurteilt ein Gericht aber nicht nur die im Anklagetenor genannte Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) in rechtlicher Hinsicht abweichend von der Anklage, spricht es den Angeklagten vielmehr - wengleich ohne Abgehen von dem der Anklage (als Gesamtheit) zugrundeliegenden Sachverhalt - statt der im Anklagetenor genannten Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) einer anderen Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) schuldig, muss mit Blick auf die Fairness des Verfahrens (vgl Peukert in Frowein/Peukert EMRK-Kommentar2 Art 6 Rz 175 f) zugunsten des Angeklagten dem Schutzzweck des § 262 StPO zuvor entsprochen worden sein. Beurteilt ein Gericht aber nicht nur die im Anklagetenor genannte Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) in rechtlicher Hinsicht abweichend von der Anklage, spricht es den Angeklagten vielmehr - wengleich ohne Abgehen von dem der Anklage (als Gesamtheit) zugrundeliegenden Sachverhalt - statt der im Anklagetenor genannten Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) einer anderen Tat (§ 21 Abs 1 FinStrG) schuldig, muss mit Blick auf die Fairness des Verfahrens vergleiche Peukert in Frowein/Peukert EMRK-Kommentar2 Artikel 6, Rz 175 f) zugunsten des Angeklagten dem Schutzzweck des § 262 StPO zuvor entsprochen worden sein.

Dabei steht zwar die strikte Einhaltung der von § 262 StPO beschriebenen Form als solche nicht unter der

Nichtigkeitssanktion des § 281 Abs 1 Z 8 StPO (vgl auch Peukert aaO Rz 74). So wird etwa eine abweichende Beurteilung durch den Ankläger in der Hauptverhandlung dem grundrechtlich geschützten Ziel, über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung zu verfügen (Art 6 Abs 3 lit b MRK), durchaus gerecht (vgl erneut SSt 20/99, RZ 1987/46), weil es dem Angeklagten solcherart offensteht, sich dazu zu äußern sowie Fragen und Anträge zu seiner Verteidigung zu stellen, deren Missachtung einen Verfahrensmangel (§ 281 Abs 1 Z 4 StPO) begründen kann. Die in einer - danach mehrfach wegen Zeitablaufes und Richterwechsels (§ 276a StPO) wiederholten - Hauptverhandlung gestellte Frage des Vorsitzenden (§ 245 Abs 1 erster Satz StPO): "Haben sie in Österreich Zigarretten erworben, bei denen die Eingangsabgaben nicht bezahlt waren?" (Bd II, S 260) für sich allein genügt aber nicht. Dabei steht zwar die strikte Einhaltung der von § 262 StPO beschriebenen Form als solche nicht unter der Nichtigkeitssanktion des § 281 Abs 1 Z 8 StPO (vergleiche auch Peukert aaO Rz 74). So wird etwa eine abweichende Beurteilung durch den Ankläger in der Hauptverhandlung dem grundrechtlich geschützten Ziel, über ausreichende Zeit und Gelegenheit zur Vorbereitung der Verteidigung zu verfügen (Artikel 6, Abs 3 lit b MRK), durchaus gerecht (vergleiche erneut SSt 20/99, RZ 1987/46), weil es dem Angeklagten solcherart offensteht, sich dazu zu äußern sowie Fragen und Anträge zu seiner Verteidigung zu stellen, deren Missachtung einen Verfahrensmangel (§ 281 Abs 1 Ziffer 4, StPO) begründen kann. Die in einer - danach mehrfach wegen Zeitablaufes und Richterwechsels (§ 276a StPO) wiederholten - Hauptverhandlung gestellte Frage des Vorsitzenden (§ 245 Absatz eins, erster Satz StPO): "Haben sie in Österreich Zigarretten erworben, bei denen die Eingangsabgaben nicht bezahlt waren?" (Bd römisch II, S 260) für sich allein genügt aber nicht.

So gesehen, bedeutet es kein Abgehen von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (§ 8 Abs 1 Z 1 OGHG), vorliegend zugunsten des Angeklagten einer Missachtung des von § 262 StPO intendierten Schutzzwecks - nicht bloß der dort verlangten Vorgangsweise - nichtigkeitsbegründende Relevanz iS des § 281 Abs 1 Z 8 StPO zuzuerkennen. So gesehen, bedeutet es kein Abgehen von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (§ 8 Absatz eins, Ziffer eins, OGHG), vorliegend zugunsten des Angeklagten einer Missachtung des von § 262 StPO intendierten Schutzzwecks - nicht bloß der dort verlangten Vorgangsweise - nichtigkeitsbegründende Relevanz iS des § 281 Abs 1 Ziffer 8, StPO zuzuerkennen.

Weil sich solcherart schon bei der nichtöffentlichen Beratung zeigte, dass - mangels eines Verstoßes (auch) gegen § 267 StPO (vgl für derartige Fälle RZ 1987/28) - die Anordnung einer neuen Hauptverhandlung nicht zu vermeiden ist (§ 285e StPO), können Verfahrens-, Mängel-, Tatsachen- und Sanktionsrüge (§ 281 Abs 1 Z 4, 5, 5a und 11 [erster Fall] StPO) des Angeklagten dahinstehen. Das Verschlimmerungsverbot des § 293 Abs 3 StPO betrifft, was der Vollständigkeit halber angemerkt sei, nur den Sanktionenbereich (Mayerhofer StPO4 § 293 E 179). Im zweiten Rechtsgang wird jedoch, was die Beschwerde ebenfalls zutreffend kritisiert, die Berechnungsgrundlage für die strafbestimmenden Wertbeträge in tatsächlicher Hinsicht klarzustellen sein (vgl zuletzt RZ 1997/76). Weil sich solcherart schon bei der nichtöffentlichen Beratung zeigte, dass - mangels eines Verstoßes (auch) gegen Paragraph 267, StPO (vergleiche für derartige Fälle RZ 1987/28) - die Anordnung einer neuen Hauptverhandlung nicht zu vermeiden ist (Paragraph 285 e, StPO), können Verfahrens-, Mängel-, Tatsachen- und Sanktionsrüge (§ 281 Absatz eins, Ziffer 4,, 5, 5a und 11 [erster Fall] StPO) des Angeklagten dahinstehen. Das Verschlimmerungsverbot des Paragraph 293 &, #, 160 ;, A, b, s, 3 StPO betrifft, was der Vollständigkeit halber angemerkt sei, nur den Sanktionenbereich (Mayerhofer StPO4 Paragraph 293, E 179). Im zweiten Rechtsgang wird jedoch, was die Beschwerde ebenfalls zutreffend kritisiert, die Berechnungsgrundlage für die strafbestimmenden Wertbeträge in tatsächlicher Hinsicht klarzustellen sein (vergleiche zuletzt RZ 1997/76).

**Textnummer**

E58286

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0140OS00034..0606.000

**Im RIS seit**

06.07.2000

**Zuletzt aktualisiert am**

12.10.2010

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)