

# TE OGH 1990/2/6 140s114/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 06.02.1990

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 6. Febr. 1990 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kral als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Steininger, Dr. Lachner, Dr. Massauer und Dr. Markel als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtswärterin Dr. Tschütscher als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Gerhard M\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Finanzvergehens des gewerbs- und bandenmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a und b bzw § 11 zweiter und dritter Fall FinStrG über die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Josef U\*\*\*, soweit sie noch nicht erledigt ist, und über die Berufungen der Angeklagten Marian S\*\*\*, Johann P\*\*\* und Josef U\*\*\* sowie des Zollamtes Linz in Ansehung dieser drei Angeklagten gegen das Urteil des Kreisgerichtes Steyr als Schöffengericht vom 18. Mai 1989, GZ 7 b Vr 41/87-81, nach am 20. Dezember 1989 durchgeführter öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Strasser, sowie der Verteidiger Dr. Philipp, Dr. Klein und Dr. Zatlach, jedoch in Abwesenheit der Angeklagten zu Recht erkannt:

## Spruch

I. Der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Josef U\*\*\*, soweit sie noch nicht erledigt ist, wird Folge gegeben und das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch dieses Angeklagten laut Punkt 3/a des Urteilssatzes (Bestimmung des Gerhard M\*\*\* zum Schmuggel von 100 kg Silber am 5. Dezember 1986) sowie in dem ihn betreffenden Strafausspruch aufgehoben und gemäß § 288 Abs. 2 Z 3 StPO in der Sache selbst erkannt:

Josef U\*\*\* wird für das ihm nach dem unberührt

gebliebenen Teil des Schuldspruchs laut den Punkten 3/b bis f des Urteilssatzes zur Last liegende Finanzvergehen des gewerbs- und bandenmäßigen Schmuggels nach §§ 11 zweiter Fall, 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a und b FinStrG gemäß §§ 35 Abs. 4, 38 Abs. 1 FinStrG zu einer Geldstrafe von 330.000 S (in Worten: dreihundertdreißigtausend), für den Fall der Uneinbringlichkeit 5 (fünf) Monate Ersatzfreiheitsstrafe, und gemäß §§ 15, 38 Abs. 1 FinStrG zu einer Freiheitsstrafe von 6 (sechs) Monaten verurteilt.

Gemäß §§ 26 Abs. 1 FinStrG, 43 Abs. 1 StGB wird diese Freiheitsstrafe für eine Probezeit von 3 (drei) Jahren bedingt nachgesehen.

Gemäß § 19 FinStrG wird Josef U\*\*\* die Strafe des Wertersatzes von 610.000 S (in Worten: sechshundertzehntausend), für

den Fall der Uneinbringlichkeit 7 (sieben) Monate

Ersatzfreiheitsstrafe,

aufgelegt.

Auf diese Strafneubemessung werden der Angeklagte Josef U\*\*\* und das Zollamt Linz (in Ansehung dieses Angeklagten) mit ihren Berufungen verwiesen.

II. Der Berufung des Zollamtes Linz wird teilweise Folge gegeben und es werden beim Angeklagten Marian S\*\*\* die Geldstrafe auf 350.000 S (in Worten: dreihundertfünzigtausend), für den Fall der Uneinbringlichkeit 5 (fünf) Monate Ersatzfreiheitsstrafe, und die Strafe des Wertersatzes auf 640.000 S (in Worten: sechshundertvierzigtausend), für den Fall der Uneinbringlichkeit 7 (sieben) Monate Ersatzfreiheitsstrafe, sowie beim Angeklagten Johann P\*\*\* die Geldstrafe auf 120.000 S (in Worten: einhundertzwanzigtausend), für den Fall der Uneinbringlichkeit 2 1/2 (zweieinhalb) Monate Ersatzfreiheitsstrafe, erhöht. Auf diese Entscheidung werden mit ihren Berufungen der Angeklagte Marian S\*\*\*, soweit er damit eine Herabsetzung der Geld- und Wertersatzstrafe anstrebt, sowie der Angeklagte Johann P\*\*\*, soweit er damit eine Herabsetzung der Geldstrafe anstrebt, verwiesen.

III. Im übrigen wird den Berufungen der Angeklagten Marian S\*\*\* und Johann P\*\*\* sowie des Zollamtes Linz nicht Folge gegeben.

IV. Gemäß § 390 a StPO fallen den Angeklagten die Kosten des sie betreffenden Rechtsmittelverfahrens zur Last.

### **Text**

Gründe:

Marian S\*\*\*, Johann P\*\*\* und Josef U\*\*\* wurden des Finanzvergehens des gewerbs- und bandenmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a und b FinStrG, zum Teil als Beteiligte nach § 11 (zweiter bzw dritter Fall) FinStrG schuldig erkannt. Gegenstand dieses Schuldspruchs sind insgesamt 8 Schmuggelfahrten im Zeitraum vom 6.Oktober bis 22.Dezember 1986, bei welchen in präparierten Treibstofftanks von LKW-Zügen insgesamt 2.125 kg Silber, worauf Eingangsabgaben von 431.375 S entfielen, aus Polen über die CSSR nach Österreich gebracht worden ist. Den Angeklagten S\*\*\* und U\*\*\* wird eine Beteiligung an sämtlichen Schmuggeltransporten, demnach mit einem strafbestimmenden Abgabebetrag von je 431.375 S (jeweils für die Gesamtmenge von 2.125 kg Silber) zum Vorwurf gemacht. Dem Angeklagten P\*\*\* liegt eine Beteiligung an 4 Schmuggelfahrten mit einem strafbestimmenden Abgabebetrag von 197.975 S (für 975 kg Silber) zur Last. Außerdem waren am Schmuggel noch der Mitangeklagte Gerhard M\*\*\*, der kein Rechtsmittel ergriffen hat, mit 2 Fahrten (Abgabebetrag 60.900 S für 300 kg Silber) und der abgeondert verurteilte Werner H\*\*\* mit 5 Fahrten (Abgabebetrag 395.850 S für 1.950 kg Silber) beteiligt.

Die gegen diesen Schuldspruch erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten S\*\*\* und P\*\*\* sowie die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten U\*\*\*, diese allerdings nur, soweit sie nicht gegen den Schuldspruch laut Punkt 3/a des Urteilssatzes gerichtet war, wurden bereits mit Beschluß des Obersten Gerichtshofes vom 22. November 1989, GZ 14 Os 114/89-7, bei einer nichtöffentlichen Beratung zurückgewiesen.

Gegenstand des Gerichtstages waren daher nur mehr der noch unerledigte Teil der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten U\*\*\* (Punkt 3/a) und die Berufungen der Angeklagten S\*\*\*, P\*\*\* und U\*\*\* sowie des Zollamtes Linz (in Ansehung der drei Genannten).

### **Rechtliche Beurteilung**

Zur Nichtigkeitsbeschwerde:

Zu Punkt 3/a des Urteilssatzes wurde der Angeklagte U\*\*\* schuldig erkannt, den deshalb (zu 1/a des Urteilssatzes) gleichzeitig abgeurteilten Mitangeklagten Gerhard M\*\*\* zu einer Schmuggelfahrt am 5.Dezember 1986 bestimmt zu haben, bei der 100 kg Silber, worauf Eingangsabgaben von 20.300 S entfielen, dem Zollverfahren entzogen wurde.

Insoweit stützt der Angeklagte U\*\*\* seine Nichtigkeitsbeschwerde auf die Gründe der Z 5 und 8 des§ 281 Abs. 1 StPO.

Schon der Vorwurf der Anklageüberschreitung (Z 8) ist berechtigt. Weder die (getrennt erhobene) schriftliche Anklage gegen ihn vom 13.Februar 1989 (ON 73/II) noch die mündlichen Ausdehnungs- und Modifikationserklärungen des Staatsanwaltes in der Hauptverhandlung vom 18.Mai 1989 (S 359, 360/II) waren auf die Beteiligung an einer Schmuggelfahrt des Gerhard M\*\*\* am 5. Dezember 1986 gerichtet. In der Anklageschrift wird dem Beschwerdeführer zwar vorgeworfen, sich an einer Schmuggelfahrt des Johann P\*\*\* mit gleichem Datum beteiligt zu haben, doch ergibt sich aus der Anklagemodifizierung in der Hauptverhandlung (S 360/II), wonach diese Fahrt allenfalls erst am 16.Dezember 1986 stattgefunden haben soll und lediglich 50 kg Silber betraf, daß dieser Vorwurf sich nicht auf die in Rede stehende Schmuggelfahrt des Gerhard M\*\*\* bezogen hat. Auch sonst nicht - insbesondere auch nicht aus den

(undifferenzierten) Freisprüchen - lassen sich Anhaltspunkte dafür gewinnen, daß der angefochtene Schuldspruch (3/a) bloß in Abänderung unwesentlicher Tatmodalitäten oder Begleitumstände, aber unter Wahrung der Tatidentität mit einem bestimmten Anklagefaktum (§ 262 StPO) ergangen wäre. Ohne auf das weitere Beschwerdevorbringen (Z 5) einzugehen, war daher der in Überschreitung der Anklage (§ 267 StPO) gefällte Schuldspruch zu beseitigen (vgl. Mayerhofer-Rieder, StPO2, E 14 zu § 288) und demgemäß auch der den Angeklagten U\*\*\* betreffende Strafausspruch aufzuheben.

Zur Strafneubemessung:

Bei der damit notwendig gewordenen Strafneubemessung war die zweifache Qualifikation nach § 38 Abs. 1 FinStrG und die führende Beteiligung U\*\*\* im Rahmen der Bande erschwerend, wobei allerdings - entgegen dem Berufungsvorbringen des Zollamtes - der Fortsetzung des Finanzvergehens durch einen längeren Zeitraum kein besonderes Gewicht beizumessen war (vgl. LSK 1978/70, 1977/21, 1975/211). Als mildernd wurde der bisher ordentliche Lebenswandel berücksichtigt. Ausgehend von dem von diesem Angeklagten zu vertretenden Abgabebetrag von (nunmehr) 411.075 S (431.375 S minus 20.300 S) für 2.025 kg Silber (2.125 kg minus 100 kg) ist eine Geldstrafe von 330.000 S, an deren Stelle für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 5 Monaten tritt, angemessen (§ 23 Abs. 1 bis Abs. 3 FinStrG).

Daneben war auf eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten zu erkennen, weil dies wegen der führenden Beteiligung des Angeklagten an einem organisierten Schmuggel dieses Ausmaßes erforderlich ist, um ihn von weiteren Finanzvergehen abzuhalten und der Begehung von Finanzvergehen durch andere entgegenzuwirken (§ 15 Abs. 2 FinStrG). Diese Strafe war schon wegen des Verschlimmerungsverbot (§ 290 Abs. 2 StPO) für eine Probezeit von 3 Jahren bedingt nachzusehen. Anstelle des unvollziehbaren Verfalls des geschmuggelten und nicht mehr greifbaren Silbers war überdies auf die Strafe des Wertersatzes zu erkennen (§ 19 Abs. 1 lit a FinStrG), wobei zunächst durch einen Günstigkeitsvergleich zu prüfen war, ob sich diese nach dem zur Zeit der Tat geltenden Recht, oder nach den seit dem 1. August 1988 in Kraft stehenden Wertersatzbestimmungen des § 19 FinStrG in der Fassung der Finanzstrafgesetznovelle 1988, BGBl 1988/414, richtet (§ 4 Abs. 2 FinStrG).

Zur Rechtslage vor der Finanzstrafgesetznovelle 1988 (und zwar schon seit der Finanzstrafgesetznovelle 1975) hat der Oberste Gerichtshof wiederholt ausgesprochen, daß bei der Verhängung von Geld- und Wertersatzstrafen einheitlich die allgemeinen Grundsätze der Strafbemessung anzuwenden sind, es sich bei diesen Strafen somit um kommensurable, d.h. mit gleichem Maß meßbare Unrechtsfolgen handelt (SS 49/50, 51/7, 52/56, EvBl 1987/128). Zuletzt wurde dies dahin präzisiert, daß die Wertersatzstrafe keine absolute, durch die Höhe des Werts der Gegenstände, an welchen ein Verfall unvollziehbar ist, fest bestimmte Strafe ist, vielmehr lediglich die Strafobergrenze mit dem gemeinen Wert limitiert wird, die tatsächliche Höhe sich aber an den allgemeinen Grundsätzen der Strafbemessung orientiert (13 Os 136/87, zit. bei Sommergruber-Reger E 3 zu § 19 Abs. 6 FinStrG). Diese, von der Deklaration des Wertersatzes als Strafe (durch die Novelle 1975) ausgehende Auffassung liegt im Rahmen zulässiger grammatikalischer Interpretation, weil nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 4 FinStrG aF sich das Gebot der Bedachtnahme auf die Grundsätze der Strafbemessung auf das Prädikat "auferlegen" bezieht, die Bestimmung daher in dem Sinn zu lesen ist, daß der Wertersatz "allen

Personen ... unter Bedachtnahme auf die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23) ... aufzuerlegen ist". Zu diesen ("allen")

Personen gehört auch der Alleintäter, dessen Anteil am Wertersatz eben 100 % beträgt, sodaß das Wort "anteilmäßig" ihn von dieser Regelung nicht ausschließt (Dorazil-Harbach-Reichel-Kropfitsch Anm 13 zu § 19 FinStrG).

Auch nach der Finanzstrafgesetznovelle 1988 ist bei Bemessung der Wertersatzstrafe vom Wertersatz im Sinn des § 19 Abs. 3 FinStrG als rechnerische Gesamtgröße in bezug auf ein bestimmtes Finanzvergehen auszugehen, deren Höhe dem gemeinen Wert entspricht, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Begehung des Finanzvergehens hatten. Gemäß § 19 Abs. 4 FinStrG nF ist dieser Wertersatz - vorbehaltlich der Mißverhältnisregel nach § 19 Abs. 5 FinStrG nF - allen Personen, die als Täter, andere an der Tat Beteiligte oder Hehler vorsätzlich Finanzvergehen hinsichtlich der dem Verfall unterliegenden Gegenstände begangen haben, anteilmäßig aufzuerlegen. Ist darnach der Wertersatz aufzuteilen, so sind gemäß § 19 Abs. 6 FinStrG nF hierfür (dh bei der Aufteilung auf mehrere Personen) die Grundsätze der Strafbemessung (§ 23 FinStrG) anzuwenden, also die Erschwerungs- und Milderungsgründe (§ 23 Abs. 1 und Abs. 2 FinStrG iVm §§ 32 bis 35 StGB) sowie die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters (§ 23 Abs. 3 FinStrG) zu berücksichtigen. Dies kann zwar nach der

besonderen Lagerung des Falles dazu führen, daß einzelne Täter, sonstige Tatbeteiligte oder Hehler überhaupt nicht zum Wertersatz herangezogen werden (so schon EvBl 1971/327; vgl auch 12 Os 9,10/74 und 10 Os 91/77), ohne daß es der Anwendung der Mißverhältnisregel bedürfte. Immer ist jedoch bei dieser Aufteilung zu beachten, daß die (nach Strafbemessungsgrundsätzen) ermittelten Wertersatzanteile zusammen wieder 100 % des Gesamtwertersatzes (§ 19 Abs. 3 FinStrG) ergeben müssen, weil dieser durch den gemeinen Wert der Verfallsgegenstände eindeutig determiniert und daher absolut bestimmt ist (idS auch RZ 1981/45 = 10 Os 151/80 verst Senat, Abschnitt II, Punkt 2.3.7.1; 10 Os 16/83, 12 Os 35/84, 12 Os 48/86, 9 Os 23/86 ua). Dies wird durch den Wortlaut des § 19 Abs. 6 FinStrG nF unterstrichen, weil dem Gericht darnach eben nur für die Aufteilung des Wertersatzes (auf mehrere Personen) ein Ermessensspielraum eingeräumt ist. Teile eines Ganzen müssen aber, nach welchen Grundsätzen auch immer sie berechnet werden, in ihrer Summe denotwendig wieder das Ganze ergeben. Daraus folgt auch, daß in diesem Stadium der Berechnung die anteilmindernde Berücksichtigung eines Umstandes zu Gunsten eines Tatbeteiligten oder Hehlers sich notwendigerweise für die anderen anteilerhöhend auswirkt, was zu einer gewissen Beschränkung des Ermessensspielraumes führt, weil jeweils auch die Angemessenheit der übrigen Wertersatzanteile im Auge zu behalten ist.

Bei der Bemessung der Wertersatzstrafe über einen Alleintäter ist zunächst gleichfalls die nach § 19 Abs. 3 FinStrG zu ermittelnde absolute Höhe des Wertersatzes maßgebend. Da aber eine Aufteilung des ihn allein treffenden Wertersatzes auf andere Personen nicht in Betracht kommt, ist für die Anwendung von Grundsätzen der Strafbemessung gemäß § 19 Abs. 6 FinStrG nF in diesem Stadium der Berechnung einer dem Alleintäter aufzuerlegenden Wertersatzstrafe kein Raum. Bei ihm kommt nur in Mißverhältnisfällen (§ 19 Abs. 5 FinStrG nF) eine Bemessung der Wertersatzstrafe nach den Grundsätzen der Strafbemessung in Betracht, andernfalls ist dem Alleintäter der Wertersatz in der vollen Höhe (§ 19 Abs. 3 FinStrG) als Wertersatzstrafe aufzuerlegen.

Infolge der eben dargelegten Neufassung der Wertersatzbestimmungen kann daher von einer grundsätzlichen Kommensurabilität von Geld- und Wertersatzstrafen, wie sie im Wege der Auslegung für das frühere Recht angenommen worden ist (insb 13 Os 136/87), nicht mehr die Rede sein (vgl Abschnitt IV des Erlasses des BMF vom 8.Juli 1988 betreffend die Neufassung der Verfalls- und Wertersatzbestimmungen, abgedruckt bei Harbich, FinStrG3, MTA 286). Der zur Begründung der Gegenposition bei Dorazil-Harbich-Reichel-Kropfitsch Anm 13 zu § 19 FinStrG vertretenen Auffassung zuwider ist nämlich der Wortlaut des § 19 Abs. 4 FinStrG aF von der Finanzstrafgesetznovelle 1988 im maßgebenden Bereich nicht unverändert übernommen worden, weil das Gebot der Anwendung der Grundsätze der Strafbemessung jetzt nicht mehr in § 19 Abs. 4 (nF), sondern in § 19 Abs. 6 (erster Fall) FinStrG (nF) normiert wird und sich hier auf die Worte "ist aufzuteilen" bezieht. Darnach kommen die Strafbemessungsgrundsätze eben nur mehr bei der Aufteilung des Gesamtwertersatzes auf mehrere Personen - und darüber hinaus auch im Rahmen der noch zu erörternden Mißverhältnisregel (§ 19 Abs. 5 und Abs. 6 zweiter Fall FinStrG) - zum Tragen. Sie können daher nach dem klaren Wortlaut der Neuregelung nicht mehr als allgemeine Kriterien für die Bemessung von Wertersatzstrafen schlechthin angesehen werden, sondern sind nur im erwähnten Teilbereich maßgebend. Die in Rede stehende (extensive) Interpretation des § 19 Abs. 4 FinStrG aF, die einer gerechteren Anpassung der Wertersatzstrafen an das Strafbedürfnis im Einzelfall diene (vgl Dorazil-Harbich-Reichel-Kropfitsch Anm 9 zu § 19 FinStrG), kann darnach für die neue Rechtslage nicht mehr aufrechterhalten werden; sie ist in Ansehung ihrer kriminalpolitischen Zielsetzung aber auch entbehrlich, weil mit § 19 Abs. 5 FinStrG nF ohnedies eine allgemeine Mißverhältnisregel geschaffen worden ist, die es ermöglicht, von der Auferlegung eines Wertersatzes oder Wertersatzanteils ganz oder teilweise abzusehen, sofern dieser zur (in erster Linie am strafbestimmenden Wertbetrag zu messenden) Bedeutung der Tat oder zu dem den Täter treffenden Vorwurf (wie er sich namentlich aus den allgemeinen und besonderen Strafbemessungsgründen ergibt) außer Verhältnis steht. Die persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Täters (§ 23 Abs. 3 FinStrG) sind bei Beurteilung der Verhältnismäßigkeit allerdings nur insofern zu berücksichtigen, als sie zugleich die Schuld des Täters (§ 23 Abs. 1 FinStrG) beeinflussen (arg "Vorwurf"). Ist ein solches Mißverhältnis gegeben, so ist zwingend von der Auferlegung des Wertersatzes oder des Wertersatzanteils ganz oder teilweise abzusehen, wobei für den Umfang des Absehens abermals die Grundsätze der Strafbemessung maßgebend sind (§ 19 Abs. 6 zweiter Fall FinStrG). In diesem Fall bewirkt aber die Ermäßigung für einen Tatbeteiligten oder Hehler für die anderen keine entsprechende Erhöhung, weil bei diesem Bemessungsvorgang kein Wertersatzanteil (in Relation zu einem bestimmten Ganzen) zu ermitteln ist, sondern eine festgestellte Unverhältnismäßigkeit nach individuellen Maßstäben ausgeglichen werden soll. Dies folgt auch daraus, daß die Mißverhältnisregel gleichermaßen bei Alleintäterschaft anzuwenden ist, dort aber eine solche Erhöhung anderer Anteile begrifflich nicht in Betracht kommt. Wird hingegen

ein solches Mißverhältnis verneint, so ist der Wertersatz einem Alleintäter ohne Rücksicht auf Strafbemessungsgrundsätze in der vollen Höhe (§ 19 Abs. 3 FinStrG), mehreren Tätern aber der für sie ohnedies nach Strafbemessungsgrundsätzen berechnete Wertersatzanteil (§ 19 Abs. 4 und Abs. 6 FinStrG) ungeschmälert, also ohne daß noch ein weiterer Ermessensspielraum zur Verfügung stünde, aufzuerlegen (vgl Harbich, FinStrG3, MTA Anm 4 zu § 19).

Somit erweist sich namentlich in den Fällen des § 19 Abs. 1 lit a und b FinstrG die frühere Wertersatzregelung in der Auslegung durch den Obersten Gerichtshof (zuletzt 13 Os 136/87) als die in ihrer Gesamtauswirkung für den Täter günstigere, weil darnach eine Mißverhältnisschranke nicht besteht und das Gericht bei Bemessung der Wertersatzstrafe in seinem Ermessen nach unten dadurch nicht beschränkt ist. Demnach ist hier das zur Zeit der Tat geltende Recht anzuwenden (§ 4 Abs. 2 FinStrG). Der im zitierten Einführungserlaß (Abschnitt V) vertretenen grundsätzlich gegenteiligen Auffassung, die ersichtlich von einer restriktiven Auslegung des § 19 Abs. 4 FinStrG aF im Sinne einer Anwendbarkeit der Strafbemessungsgrundsätze nur bei Aufteilung des Wertersatzes auf Mehrere ausgeht, kann daher nicht beigetreten werden. Bei der demnach gemäß § 19 Abs. 4 FinStrG aF vorzunehmenden Bemessung der dem Angeklagten Josef U\*\*\* aufzuerlegenden Wertersatzstrafe ist wegen der wechselnden Beteiligung an den mehreren Schmuggelfahrten eine dem unterschiedlichen Gewicht des Schuldvorwurfes gegen die Tatbeteiligten gerecht werdende Aufteilung des Wertersatzes im vorliegenden Fall nur durch eine faktenweise Bewertung zu erzielen. In der folgenden schematischen Darstellung werden die zu berücksichtigenden Strafbemessungsgründe (§ 23 Abs. 2 FinStrG) jeweils durch einen dem Obersten Gerichtshof angemessen erscheinenden Prozentanteil an den bei den einzelnen Schmuggeltransporten eingeführten Silbermengen zum Ausdruck gebracht, wobei insbesondere darauf Bedacht genommen wurde, daß die Schuld der Organisatoren S\*\*\* und U\*\*\* schwerer wiegt als die der beteiligten Frachtführer M\*\*\*, P\*\*\* und

H\*\*\*. Unterschiede in den persönlichen Verhältnissen oder der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit namentlich im Hinblick auf den aus dem Finanzvergehen gezogenen Nutzen sind den Akten nicht mit Sicherheit zu entnehmen, zumal die Transporteure jeweils 50.000 S pro Fahrt erhielten (US 12, 13, 18, 19). Bei der Aufteilung des Wertersatzes waren daher solche Umstände (§ 23 Abs. 3 FinStrG) vorerst nicht zu berücksichtigen. Als gemeiner Wert wurde der vom Erstgericht richtig (auch unter Hinzurechnung der Handelsspanne) angenommene Betrag von 1.400 S/kg Silber (vgl US 22 iVm S 360/II - die Bezeichnung "Zollwert" auf US 33 beruht lediglich auf einer verfehlten Wortwahl ohne inhaltliche Bedeutung) zugrunde gelegt.

Somit errechnen sich die einzelnen Teilpositionen wie folgt:

1. Fahrt 600 kg Silber H\*\*\*:20 % = 168.000 S

(6.Oktober 1986) P\*\*\*: 20 % = 168.000 S

S\*\*\*: 30 % = 252.000 S

U\*\*\*: 30 % = 252.000 S

2. Fahrt 400 kg Silber H\*\*\*:30 % = 168.000 S

(23.Oktober 1986) S\*\*\*: 35 % = 196.000 S

U\*\*\*: 35 % = 196.000 S

3. Fahrt 50 kg Silber P\*\*\*: 30 % = 21.000 S

(14.November 1986) S\*\*\*: 35 % = 24.500 S

U\*\*\*: 35 % = 24.000 S

4. Fahrt 450 kg Silber H\*\*\*:30 % = 189.000 S

(28.November 1986) S\*\*\*: 35 % = 220.500 S

U\*\*\*: 35 % = 220.500 S

5. Fahrt 25 kg Silber P\*\*\*: 30 % = 10.500 S

(Ende November 1986) S\*\*\*: 35 % = 12.250 S

U\*\*\*: 35 % = 12.250 S

6. Fahrt 200 kg Silber H\*\*\*:20 % = 56.000 S  
 (Ende November/ M\*\*\*: 20 % = 56.000 S  
 Anfang Dezember 1986) S\*\*\*: 30 % = 84.000 S  
 U\*\*\*: 30 % = 84.000 S

7. Fahrt 100 kg Silber M\*\*\*: 30 % = 42.000 S  
 (5.Dezember 1986) S\*\*\*: 35 % = 49.000 S  
 +) U\*\*\*: 35 % = 49.000 S

8. Fahrt 300 kg Silber H\*\*\*:20 % = 84.000 S  
 (22.Dezember 1986) P\*\*\*: 20 % = 84.000 S  
 S\*\*\*: 30 % = 126.000 S  
 U\*\*\*: 30 % = 126.000 S

+) Dieser Betrag ist dem Angeklagten U\*\*\*

nicht anzurechnen, da dieses Faktum (3/a) aus dem Schuldspruch ausgeschieden wurde. Da U\*\*\* daran jedoch jedenfalls beteiligt war, wenngleich er mangels Anklage hierfür nicht verurteilt werden durfte, konnte der Betrag nicht auf den Wertersatzanteil der anderen Beteiligten überwält werden.

Aus der Addition der ausgeworfenen Teilwertersätze ergeben sich für die Tatbeteiligten folgende Wertersatzanteile:

H***	M***	P***
168.000 S	56.000 S	168.000 S
168.000 S	42.000 S	21.000 S
189.000 S	98.000 S	10.500 S
56.000 S		84.000 S
84.000 S		283.500 S
	S***	U***
	252.000 S	252.000 S
	196.000 S	196.000 S
	24.500 S	24.500 S
	220.500 S	220.500 S
	12.250 S	12.250 S
	84.000 S	84.000 S
	49.000 S	126.000 S
	126.000 S	915.250 S

964.250 S

Für den Angeklagten U\*\*\* beträgt der Wertersatzanteil somit 915.250 S. Davon waren ihm allerdings mit Rücksicht auf seine persönlichen Verhältnisse und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nur 610.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 7 Monate Ersatzfreiheitsstrafe) als schuldangemessene Wertersatzstrafe aufzuerlegen.

Auf diese Entscheidung waren der Angeklagten Josef U\*\*\* und das Zollamt Linz (in Ansehung des Genannten) mit ihren Berufungen zu verweisen.

Zu den Berufungen:

Bei der Bemessung der Strafen über die Angeklagten S\*\*\* und P\*\*\* nahm das Schöffengericht jeweils die zweifache Qualifikation nach § 38 Abs. 1 FinStrG als erschwerend und den bisher untadeligen Wandel als mildernd an. Dem

Angeklagten P\*\*\* hielt es überdies ein (Teil-)Geständnis und seine schlechte finanzielle Lage zugute. Es verhängte über den Angeklagten S\*\*\* gemäß §§ 35 Abs. 4, 38 Abs. 1 FinStrG unter Zugrundelegung eines strafbestimmenden Abgabebetrag von 431.375 S (für 2.125 kg Silber) eine Geldstrafe von 215.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 5 Monate Ersatzfreiheitsstrafe) sowie gemäß §§ 15, 38 Abs. 1 FinStrG eine Freiheitsstrafe von 6 Monaten, die es gemäß §§ 26 Abs. 1 FinStrG, 43 Abs. 1 StGB für eine Probezeit von 3 Jahren bedingt nachsah. Außerdem erkannte es gemäß § 19 Abs. 1 FinStrG auf eine Wertersatzstrafe von 420.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 5 Monate Ersatzfreiheitsstrafe).

Über den Angeklagten P\*\*\* verhängte das Erstgericht nach den zitierten Vorschriften unter Zugrundelegung eines strafbestimmenden Abgabebetrag von 197.975 S (für 975 kg Silber) eine Geldstrafe von 98.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 2 1/2 Monate Ersatzfreiheitsstrafe) sowie eine Wertersatzstrafe von 190.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 2 1/2 Monate Ersatzfreiheitsstrafe).

Zur Bemessung der Geldstrafen führte das Erstgericht aus, daß es im Hinblick auf den Umfang der Straftaten (der allerdings schon in der Höhe des strafbestimmenden Abgabebetrag zum Ausdruck kommt) und unter Berücksichtigung der Strafbemessungsgründe gerechtfertigt sei, das Ausmaß der Geldstrafen jeweils in der Höhe von etwa der Hälfte der durch den Schmuggel dem Fiskus entgangenen Eingangsabgaben festzusetzen.

Die Verhängung einer bedingten Freiheitsstrafe über Marian S\*\*\* begründete das Schöffengericht damit, daß dieser Angeklagte gemeinsam mit U\*\*\* als Drahtzieher der Schmuggelaffäre anzusehen und die Straftaten nach Art und Umfang von erheblicher krimineller Intensität geprägt seien, was aus spezial- wie generalpräventiver Sicht die Verhängung der zusätzlichen Strafsanktion erfordere.

Für die Bemessung der Wertersatzstrafen errechnete das Schöffengericht zunächst für jeden der Angeklagten M\*\*\*, S\*\*\*, P\*\*\* und U\*\*\* sowie für den abgesondert

verurteilten Werner H\*\*\* jene Silbermenge, die der Summe der Teilmengen entspricht, die bei den einzelnen Schmuggelfahrten, an denen sie jeweils beteiligt waren, eingeführt worden sind. Die gewonnenen Werte addierte es und ermittelte hierauf den prozentuellen Anteil jedes Beteiligten an dieser rechnerischen Hilfsgröße (7.475 kg Silber). Sonach ergaben sich folgende Prozentsätze: für M\*\*\* 4 %, für P\*\*\* 13 %, für S\*\*\* und U\*\*\* je 28,4 % und für H\*\*\* 26 % (= zusammen

99,8 %). Sodann errechnete es auf der Basis des gemeinen Wertes von

1.400 S/kg Silber den Wert der geschmuggelten Gesamtsilbermenge (2.125 kg) mit 2,975.000 S. Aus dieser Summe stellte es nach dem zuvor wiedergegebenen Prozentschlüssel den auf jeden Beteiligten entfallenden Wertersatzanteil fest, legte jedoch den Angeklagten jeweils nur 50 % dieser Beträge als Wertersatzstrafe tatsächlich auf. Dabei stützte es sich - zwar ohne ausdrücklich einen Günstigkeitsvergleich angestellt zu haben, doch im Ergebnis jedenfalls zu Recht (§ 4 Abs. 2 FinStrG) - auf § 19 Abs. 4 FinStrG aF und hielt unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Angeklagten und deren wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit eine derartige Reduktion für gerechtfertigt.

Gegen diese Strafaussprüche richten sich Berufungen der Angeklagten S\*\*\* und P\*\*\* sowie des Zollamtes Linz als Finanzstrafbehörde erster Instanz. S\*\*\* begehrt den Entfall der Freiheitsstrafe, in eventu deren Herabsetzung, sowie eine Ermäßigung der Geld- und Wertersatzstrafe. P\*\*\* strebt ebenfalls eine Herabsetzung der Geld- und Wertersatzstrafe an. Das Zollamt hingegen beantragt hinsichtlich beider Angeklagten eine Erhöhung der Geld- und Wertersatzstrafen. Zu letzterem Begehren führt das Zollamt aus, daß es mangels Annahme einer Unverhältnismäßigkeit des Wertersatzes im Sinne des § 19 Abs. 5 FinStrG (nF) an der rechtlichen Grundlage für die vorgenommene Halbierung des Wertersatzes fehle. Darüber hinaus sei bei der Aufteilung des Wertersatzes auf die Angeklagten keine Differenzierung nach Strafbemessungsgrundsätzen vorgenommen worden.

Die Berufung des Zollamtes ist teilweise begründet. Betreffend das Ausmaß der Geldstrafen hat das Erstgericht beim Angeklagten S\*\*\* dessen führende Beteiligung im Rahmen der Bande übersehen und auch beim Angeklagten P\*\*\*, der übrigens zum Tatzeitpunkt nicht mehr unbescholten war (§ 88 Abs. 1 StGB), die vorliegenden Erschwerungsgründe unterbewertet. Wenngleich dem Berufungsvorbringen des Zollamtes zuwider die Fortsetzung des Finanzvergehens durch einen längeren Zeitraum - worauf bereits hingewiesen wurde - im Hinblick auf die gewerbs- und bandenmäßige Begehungsweise keinen besonderen, die Angeklagten S\*\*\* und P\*\*\* zusätzlich belastenden Erschwerungsgrund abzugeben vermag, so waren doch die über die Genannten verhängten Geldstrafen (nicht auch die

Ersatzfreiheitsstrafen) wie aus dem Spruch ersichtlich anzuheben. Darauf waren die beiden Angeklagten mit ihren Berufungen, soweit sie auf eine Herabsetzung der Geldstrafen gerichtet sind, zu verweisen. Über den Angeklagten S\*\*\* hat das Erstgericht mit Recht zusätzlich eine (bedingte) Freiheitsstrafe im Ausmaß von 6 Monaten verhängt, weil dies wegen seiner führenden Beteiligung an einem organisierten Schmuggel dieses Ausmaßes aus spezial- und generalpräventiven Erwägungen erforderlich ist (§ 15 Abs. 2 FinStrG). Aus diesen Gründen kam auch die vom Angeklagten P\*\*\* begehrte bedingte Nachsicht der über ihn verhängten Geldstrafe nicht in Betracht. Insoweit war daher den Berufungen der genannten Angeklagten ein Erfolg zu versagen.

Zum Ausspruch des Erstgerichtes über die Wertersatzstrafen ist schließlich folgendes auszuführen:

Zu Recht macht das Zollamt geltend, daß das Schöffengericht dem (nach alter wie nach neuer Rechtslage gleichermaßen bestehenden) gesetzlichen Gebot auf Aufteilung des Wertersatzes auf die Täter, anderen an der Tat Beteiligten oder Hehler nach den Grundsätzen der Strafbemessung nicht nachgekommen ist, vielmehr ohne Rücksicht auf das durch die festgestellten Erschwerungs- und Milderungsgründe indizierte unterschiedliche Gewicht des die Beteiligten treffenden Schuldvorwurfs in Wahrheit eine bloß mengenmäßige, bezogen auf die einzelnen Schmuggelfahrten also durchaus lineare Aufteilung nach Köpfen vorgenommen hat. Die unterschiedliche Höhe der für die Angeklagten errechneten Wertersatzanteile resultiert nämlich nicht aus einer Abstufung nach individuellen Maßstäben, sondern daraus, daß sie zufolge ihrer wechselnden Beteiligung am Schmuggel unterschiedlicher Silbermengen die Einfuhr verschiedener Mengen an verfallsbedrohter Konterbande finanzstrafrechtlich zu verantworten haben, was eben in den oben wiedergegebenen differierenden Prozentsätzen zum Ausdruck kommt, ohne daß darin der jeweilige Schuldanteil (§ 23 Abs. 1 und Abs. 2 FinStrG) an den einzelnen Schmuggelfahrten seinen Niederschlag gefunden hätte. Nach den zuvor im Rahmen der Neubemessung der Wertersatzstrafe über den Angeklagten U\*\*\* angestellten Berechnungen ergibt sich unter Bedacht auf diese individuellen Schuldkriterien beim Angeklagten S\*\*\* ein Wertersatzanteil von 964.250 S, beim Angeklagten P\*\*\* ein solcher von 283.500 S. Gleichwie beim Angeklagten U\*\*\* hat aber das Erstgericht die (für die Bemessung der Wertersatzstrafe ebenfalls maßgebenden) persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dieser beiden Angeklagten in zu weitgehendem Maße als Strafkürzungskriterien berücksichtigt. Diese Umstände rechtfertigen nur eine Reduktion auf 2/3, sodaß beim Angeklagten S\*\*\* in Stattgebung der Berufung des Zollamtes die Wertersatzstrafe auf 640.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 7 Monate Ersatzfreiheitsstrafe) zu erhöhen war.

In Ansehung des Angeklagten P\*\*\* mußte der zollamtlichen Berufung in dieser Hinsicht aber ein Erfolg versagt bleiben, weil zwei Drittel von 283.500 S ohnedies etwa jenem Betrag (190.000 S) entsprechen, der diesem Angeklagten vom Erstgericht als Wertersatzstrafe auferlegt worden ist.

Soweit das Zollamt eine derartige Ermäßigung der Wertersatzstrafen von vornherein als rechtlich unzulässig bezeichnet, weil eine solche nur bei festgestellter Unverhältnismäßigkeit der Wertersatzanteile (§ 19 Abs. 5 FinStrG nF) gesetzlich vorgesehen ist, macht sie im Rahmen der Berufung der nach eine Überschreitung der Strafbefugnis im Sinn des § 281 Abs. 1 Z 11 erster Anwendungsfall StPO geltend, was zwar im Hinblick auf den Wegfall der Anfechtungsbeschränkung in § 283 Abs. 1 StPO ("...soweit nicht der im § 281 Abs. 1 Z 11 erwähnte Nichtigkeitsgrund vorliegt...") infolge Neufassung dieser Bestimmung durch die Strafgesetznovelle 1989, BGBl 1989/242, ohne Bedeutung wäre (11 Os 129,130/89; vgl JAB zur StGNov 1989, 927 BlgNR 17. GP, 5). Das Zollamt übersieht jedoch, daß - wie oben dargelegt - im vorliegenden Fall das Finanzstrafgesetz in der Fassung vor der Finanzstrafgesetznovelle 1988 anzuwenden war, wonach die Wertersatzstrafe eben nur nach oben durch § 19 Abs. 3 FinStrG begrenzt ist, im übrigen aber nach Strafbemessungsgrundsätzen ermäßigt werden kann.

In diesem Umfang war daher der Berufung des Zollamtes gleichfalls nicht Folge zu geben.

Die Kostenentscheidung fußt auf der bezogenen Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E20205

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

ECLI:AT:OGH0002:1990:0140OS00114.89.0206.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19900206\_OGH0002\_0140OS00114\_8900000\_000



---

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

© 2025 JUSLINE

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

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