

# TE OGH 1987/4/2 130s178/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.04.1987

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 2.April 1987 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Harbich als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Müller (Berichterstatter), Dr. Felzmann, Dr. Brustbauer und Dr. Massauer als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Streller als Schriftführers in der Strafsache gegen Wilhelm Maximilian H\*\*\* wegen des Finanzvergehens nach §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 (lit. a) FinStrG über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Staatsanwaltschaft sowie des Angeklagten gegen das Urteil des Kreisgerichts Ried im Innkreis als Schöffengerichts vom 23.Oktober 1986, GZ. 6 Vr 853/84-27, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalts Dr. Hauptmann, des Vertreters des Zollamts Linz, Dr. Koplinger, und des Verteidigers Dr. Wechsler, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten, zu Recht erkannt:

## Spruch

I. Der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wird zur Gänze, der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten wird teilweise Folge gegeben.

II. Das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, wird

1. im Ausspruch über die Verhängung einer Wertersatzstrafe gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG (samt Ersatzfreiheitsstrafe) aufgehoben sowie die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang dieser Aufhebung an das Erstgericht verwiesen,

2. durch den Ausspruch ergänzt, daß gemäß § 23 Abs. 4 FinStrG die Vorhaft vom 4.November 1983, 9,20 Uhr, bis 21. August 1986, 8,15 Uhr, (vorerst) auf die Geldstrafe (§ 38 Abs. 1 FinStrG) angerechnet wird.

III. Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten wird im übrigen verworfen.

IV. Den beiderseitigen Berufungen wird nicht Folge gegeben.

V. Gemäß § 390 a StPO fallen dem Angeklagten die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Der am 16.März 1951 geborene Automatenaufsteller Wilhelm Maximilian H\*\*\* ist des Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 (lit. a) FinStrG schuldig erkannt worden. Darnach hat er von 1982 bis 22.August 1983 in Haibach und anderen Orten eingangsabgabepflichtige Waren im Gesamtwert von 3,980.381 S, nämlich 15 kg Zahngold im Wert von 3,690.750 S (1), Schmuckstücke, Münzen, eine Herrenarmbanduhr und einen Goldbarren im Gesamtwert von 165.200 S (2), Bruchgold im Gesamtwert von 123.025 S (3) und Modeschmuck im Gesamtwert von 1.406 S (4), vorsätzlich unter Verletzung einer zollrechtlichen Stellungspflicht dem Zollverfahren entzogen, indem er sie anlässlich der Einreise nach Österreich nicht erklärte, wobei es ihm darauf ankam, sich durch

die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Gemäß § 38 Abs. 1 FinStrG verhängte das Schöffengericht über den Angeklagten eine Geldstrafe von 1.000.000 S, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Monaten (erschwerend waren der die Wertgrenze von 200.000 S erheblich übersteigende Schade, mildernd hingegen das Teilgeständnis); ferner gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG eine Wertersatzstrafe von 3.980.381 S, im Fall ihrer Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von zehn Monaten.

In den gegen dieses Urteil erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden machen die Staatsanwaltschaft und der Angeklagte den Grund des § 281 Abs. 1 Z. 11 StPO, der Angeklagte überdies die Gründe der Z. 1 und 5 dieser Gesetzesstelle geltend.

Einen Verfahrensfehler (Z. 1) erblickt der Angeklagte darin, daß an der Verhandlung und Urteilsfällung am 23. Oktober 1986 jene Berufsrichter teilnahmen, mit deren Urteil vom 6. Februar 1986 er u. a. des Diebstahls jener Gegenstände schuldig erkannt worden war, deren Schmuggel ihm nunmehr als Finanzvergehen (1 und 2) angelastet wird. Wie die Beschwerde aber selbst einräumt, ist die Mitwirkung an einem abgesonderten Verfahren in der Aufzählung der Ausschließungsfälle der Gerichtspersonen (§§ 67 ff. StPO, insbesondere § 68 StPO) nicht enthalten. Eine ausdehnende Interpretation der Ausschußgründe auf Kosten der Vorschriften über die Ablehnung (§§ 72 ff. StPO) ist schon deshalb unstatthaft, weil dadurch die Unanfechtbarkeit der Entscheidung über die Ablehnung (§ 74 Abs. 3 StPO) umgangen werden könnte (siehe Mayerhofer-Rieder 2, § 68 StPO, ENr. 1, 8, 9, 21 und 26).

### **Rechtliche Beurteilung**

Im Hinblick auf diese Versagung eines Rechtsmittels (§ 74 Abs. 3 StPO) kann die Abweisung einer einen Vertagungsantrag in sich schließenden Ablehnung in der Hauptverhandlung auch nicht unter § 281 Abs. 1 Z. 4 StPO als nichtig angefochten werden, sofern es sich hierbei lediglich um die Wiederholung einer bereits vor der Hauptverhandlung erledigten Ablehnung eines Richters handelt (SSt. 52/29). Dies gilt hier allerdings nur für die schon vor der Hauptverhandlung durch den Präsidenten des Gerichtshofs erster Instanz abschlägig beschiedene Ablehnung des Vorsitzenden des Schöffensenats (ON 24 und 25), nicht aber für die erfolglose Ablehnung des beisitzenden Berufsrichters erst in der Hauptverhandlung (II. Bd., S. 19). Dieser Ablehnungsantrag war jedoch sachlich ebensowenig begründet. Liegt doch Befangenheit im Sinn des § 72 StPO nicht schon vor, wenn sich ein Richter, sei es auch in einem gegen den Angeklagten wegen einer anderen Straftat abgesondert geführten Verfahren, bereits eine Meinung gebildet hat, sondern erst dann, wenn konkrete Umstände die Befürchtung rechtfertigen, der Richter werde sich bei seiner Entscheidung von anderen als von sachlichen Gesichtspunkten leiten lassen, insbesondere nicht dazu bereit sein, eine schon gefaßte Meinung bei gegenteiligen Verfahrensergebnissen zu ändern (Mayerhofer-Rieder 2, § 72 StPO, ENr. 10).

Der Mängelrüge zuwider findet die Urteilsannahme, daß auch die Gegenstände des Faktums 2 vom Angeklagten selbst aus der Bundesrepublik Deutschland nach Österreich geschmuggelt wurden, Deckung im Akteninhalt (Zeuge Dr. H\*\*\* in S. 189 des laut II. Bd. S. 23 verlesenen Hauptverhandlungsprotokolls vom 6. Februar 1986 aus 7 Vr 871/83 des KG Ried). Darnach hat Dr. H\*\*\* die fraglichen Gegenstände gleichzeitig mit dem Zahngold (1) vermißt (dazu ON. 22, ferner S. 15, zweiter Absatz, 16 im Urteil 6 Vr 871/83-300 des KG. Ried im Innkreis). In diesem Zusammenhang läßt sich der Beschwerdeführer auf die Anfechtung einer Feststellung ein, die das Erstgericht in logisch vertretbarer Weise aus den Verfahrensergebnissen erschlossen hat.

Scheinkonkurrenz des Finanzvergehens als fortgesetztes Delikt zum Diebstahl und Notstand, wie sie vom Verteidiger im Gerichtstag aufgezeigt wurden, scheitern als zielführende materiellrechtliche Einwände (Z. 10 bzw. 9 lit. b) schon an der fehlenden Gleichwertigkeit dieser strafbaren Handlungen und an der Gefahrenlage, der sich der Angeklagte ohne einen von der Rechtsordnung anerkannten Grund (nämlich durch den Diebstahl) bewußt ausgesetzt hat (§ 10 FinStrG, § 10 Abs. 2, erster Satz, StGB). Zutreffend sind hingegen die vom Angeklagten und - zu seinen Gunsten - von der Staatsanwaltschaft erhobenen Rechtsrügen (Z. 11) wegen der Nichtanrechnung der Vorhaft vom 4. November 1983, 9,20 Uhr, bis 21. August 1986, 8,15 Uhr, im Verfahren 7 Vr 871/83 des Kreisgerichts Ried im Innkreis auf die hier verhängten Strafen. Nach § 23 Abs. 4 FinStrG sind die verwaltungsbehördliche und die gerichtliche Verwahrung sowie die verwaltungsbehördliche und die gerichtliche Untersuchungshaft auf die Strafe nicht nur dann anzurechnen, wenn der Täter die Haft im Verfahren wegen des Finanzvergehens, für das er bestraft wird, erlitten hat, sondern auch dann, wenn er die betreffende Haft sonst nach der Begehung dieser Tat wegen des Verdachts eines Finanzvergehens oder, bei Anrechnung durch das Gericht, wegen Verdachts einer anderen mit Strafe bedrohten Handlung erlitten hat; dies allerdings nur, soweit die Haft nicht bereits auf eine andere Strafe angerechnet oder der Verhaftete dafür entschädigt

worden ist. Eine solche Vorhaft ist auf Freiheits-, Geld- und Wertersatzstrafen anzurechnen; die im § 23 Abs. 4 letzter Satz FinStrG getroffene Regelung, in welcher Reihenfolge bei der Verhängung mehrerer Strafen anzurechnen ist, kommt erst im Vollzug zur Geltung (Dorazil-Harbach-Reichel-Kropfisch, § 23 FinStrG EGr. 41 und 42). Nach der insoweit uneingeschränkt heranziehbaren (Anm. 6 zu § 23 FinStrG a.a.O.) Rechtsprechung zu § 38 StGB ist bei der Verhängung von Strafen in mehreren gesonderten Verfahren, deren Verbindung (§ 56 StPO) an sich möglich gewesen wäre, die Vorhaft zunächst in jedem der Urteile auf die Strafen zur Gänze anzurechnen. Erst bei der Vollstreckung ist eine solche Vorhaft sodann von der zunächst zu vollziehenden Strafe tatsächlich abzurechnen, worauf die spruchgemäße Anrechnung im anderen Urteil gegenstandslos wird (Leukauf-Steininger 2, § 38 StGB, RN 7 und die dort angeführten Entscheidungen). Mangels Aktualität einer Vollstreckung der im noch nicht rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren 7 Vr 871/83 des Kreisgerichts Ried im Innkreis verhängten Strafe hätte das Gericht die gesamte Vorhaft auf die nunmehr wegen des Finanzvergehens zugemessenen Strafen anrechnen müssen. Das Unterbleiben dieses Ausspruchs begründet eine Urteilsnichtigkeit (Z. 11). Der Sache nach in Ausführung des Nichtigkeitsgrunds der Z. 11 (wenn auch formell in Ausführung ihrer Berufung) rügt die Staatsanwaltschaft die rechtsirrtümliche Festsetzung des Wertersatzes (§ 19 FinStrG). Auch insoweit ist sie im Recht: Die Höhe des Wertersatzes entspricht gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG dem gemeinen Wert, den die dem Verfall unterliegenden Gegenstände im Zeitpunkt der Verübung des Finanzvergehens hatten. Dieser gemeine Wert "wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre" (§ 10 Abs. 2 BewG), entspricht also dem jeweiligen inländischen Detailverkaufspreis (Dorazil-Harbach-Reichel-Kropfisch, § 19 FinStrG, EGr. 12 bis 16, 19 bis 21 und 24). Dieser besteht aber bei eingeführter Ware nicht nur aus dem reinen Sachwert (Importpreis), sondern erhöht sich um die Eingangsabgaben, allfällige sonstige Abgaben, die Transportspesen und die Handelsspanne. In Anbetracht der Abhängigkeit des inländischen Detailverkaufspreises (siehe vorher) von der Marktlage, also vom Verhältnis zwischen Angebot und Nachfrage, genügt allerdings zur Ermittlung des gemeinen Werts nicht in allen Fällen die Summe der erwähnten Beträge. Angesichts dieser Rechtslage ist es jedenfalls verfehlt, bei der Bestimmung der Höhe des Wertersatzes für im Ausland gestohlene oder verhehlte und sodann in das Inland geschmuggelte Gegenstände von jener wertmäßigen Grundlage auszugehen, die für die allgemeinen Vermögensdelikte des Strafgesetzbuchs maßgebend ist (siehe erneut EGr. 24 a.a.O.). Gerade dieser rechtliche Fehler ist dem Erstgericht jedoch unterlaufen, wenn es den gemeinen Wert im Sinn des § 19 Abs. 3 FinStrG in unrichtiger Auslegung dieses Rechtsbegriffs dem für die Wertermittlung gemäß § 128 StGB maßgebenden Wiederbeschaffungspreis gleichgesetzt hat, der vom Bestohlenen am Ort und zur Zeit des Diebstahls, also hier im Ausland, zu leisten gewesen wäre, wobei nicht einmal die Höhe der - beim Schmuggel stets zur Gänze hinterzogenen - Eingangsabgaben berücksichtigt wurde (die übrigens, das sei an dieser Stelle angemerkt, den "strafbestimmenden Wertbetrag" - §§ 53 Abs. 1 lit. b, 35 Abs. 4

Anfang FinStrG - konstituieren). Dazu kommt, daß, wie bereits erwähnt, der Inlanddetailverkaufspreis von der Marktlage abhängig ist, die in denkbaren Einzelfällen ein Absinken des Preisniveaus selbst unter die Summe bewirken kann, die sich aus dem Importpreis zuzüglich der Eingangsabgaben sowie weiterer Spesen (Frachtkosten) und der Handelsspanne errechnet. Allerdings ist das Verhältnis von Angebot und Nachfrage (die Marktlage) als preisbestimmender Faktor in der Definition des § 10 Abs. 2 BewG schon enthalten ("im gewöhnlichen Geschäftsverkehr ... zu erzielen wäre"). Feststellungen betreffend die Komponenten des gemeinen Werts fehlen. Sonach erweisen sich die Aufhebung des Urteils im Ausspruch über den Wertersatz und die Anordnung eines zweiten Rechtsgangs als insoweit unumgänglich.

Die weiteren Entscheidungen im Nichtigkeitsverfahren ergeben sich aus dem Vorgesagten. Nach neuerlicher Festsetzung des Wertersatzes gemäß § 19 Abs. 3 FinStrG und der dazugehörigen Ersatzfreiheitsstrafe im wiederholten Rechtsgang wird die Vorhaft auch auf den Wertersatz anzurechnen sein.

Der Angeklagte begehrt mit seiner Berufung die Gewährung der bedingten Strafnachsicht (§ 26 FinStrG), die Staatsanwaltschaft eine schuldangemessene Erhöhung der Geldstrafe und die zusätzliche Verhängung einer Freiheitsstrafe.

Dem gemäß § 26 Abs. 1 FinStrG heranzuziehenden § 43 Abs. 1 StGB zufolge ist eine bedingte Strafnachsicht u.a. nur dann zu gewähren, wenn anzunehmen ist, daß die bloße Androhung der Vollziehung allein oder in Verbindung mit anderen Maßnahmen genügen werde, um den Rechtsbrecher von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten, und es

nicht der Vollstreckung der Strafe bedarf, um der Begehung strafbarer Handlungen durch andere entgegenzuwirken. Bei dem schwer vorbestraften Angeklagten (II. Bd. S. 31 bis 33) fehlen bereits die spezialpräventiven Voraussetzungen, sodaß seiner Berufung schon deshalb ein Erfolg versagt bleiben muß.

Die Staatsanwaltschaft begehrt eine Erhöhung der Geldstrafe unter Hinweis darauf, daß sie hier bis zum Vierfachen des Verkürzungsbetrags reichen kann, tatsächlich aber nicht einmal mit dem Einfachen bemessen wurde. Indes darf nicht verkannt werden, daß zwar formell ein Teilgeständnis (zu 3 und 4) vorliegt (II. Bd., S. 10, 35), daß aber die Verantwortung des Berufungswerbers im übrigen (zu 1 und 2) nicht geeignet war, ihn strafrechtlich zu entlasten (II. Bd., S. 21, 22), sodaß die Einlassung insgesamt in ihrer Auswirkung einem vollen Geständnis gleichkommt. Unter diesen Voraussetzungen erscheint eine Geldstrafe in Ausschöpfung nahezu eines Viertels des Strafrahmens noch vertretbar.

Die des weiteren zusätzlich begehrte Freiheitsstrafe (§ 38 Abs. 1 FinStrG) soll prinzipiell nur verhängt werden, wenn es ihrer bedarf, um den Täter von weiteren Finanzvergehen abzuhalten oder der Begehung von Finanzvergehen durch andere entgegenzuwirken (§ 15 Abs. 2 FinStrG). Auch wenn der Angeklagte insgesamt neun Schmuggelfahrten (II. Bd., S. 10, 33, 34) unternahm, war er trotz eines kriminell sehr belasteten Vorlebens in finanzstrafrechtlicher Hinsicht bisher unbescholten. Der angestrebte spezial- und generalpräventive Effekt, der durch eine zusätzliche Freiheitsstrafe gesichert werden soll, erscheint nach Lage des Falls durch die unbedingt ausgesprochene Geldstrafe hinlänglich gewährleistet (siehe oben).

Schließlich soll nicht unterwähnt bleiben, daß der in erster Instanz herangezogene Erschwerungsgrund des die Wertbetragsgrenze von (damals) 200.000 S (siehe Art. II § 3 Abs. 2 FinStrGNov. 1985 BGBl. Nr. 571) "erheblich übersteigenden Schadens" verfehlt ist. Dies deshalb, weil dieser "Schaden", worunter nur die nichtentrichteten Abgaben verstanden werden können, zufolge §§ 35 Abs. 4, 38 Abs. 1 FinStrG ohnehin die Obergrenze der Geldstrafe bestimmt (Doppelverwertungsverbot: siehe 13 Os 120/85, 13 Os 154/85). Es war daher auch der Berufung der Staatsanwaltschaft kein Erfolg beschieden.

Der grundsätzlichen Bedeutung wegen sei hinzugefügt, daß die Abstützung des Kostenausspruchs im Urteil auf § 227 Abs. 1 FinStrG mit der gesamten, seit dem Jahr 1971 zu dieser Gesetzesstelle ergangenen oberstgerichtlichen Judikatur im Widerspruch steht (EvBl. 1971 Nr. 327 u.a.). Da § 227 Abs. 1 und 2 FinStrG lediglich Ergänzungen zu § 381 Abs. 1 StPO enthält, ist in einem kondemnierenden Urteil wegen eines Finanzvergehens gleichwie in jedem anderen Strafurteil ausschließlich § 389 StPO die Grundlage für die Kostenersatzpflicht (siehe Harbich, MTA. 2 S. 247, Anm. 1 bei § 227 FinstrG).

#### **Anmerkung**

E10857

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

ECLI:AT:OGH0002:1987:0130OS00178.86.0402.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19870402\_OGH0002\_0130OS00178\_8600000\_000

**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)