

TE OGH 1981/4/28 100s144/80

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.04.1981

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 28. April 1981 unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Racek in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini, Dr. Friedrich, Dr. Hörburger und Dr. Lachner als Richter sowie des Richteramtsanwalters Dr. König als Schriftführer in der Strafsache gegen Rita A wegen des Finanzvergehens nach §§ 11, 35 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG über die von der Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Schöffengericht vom 25. Jänner 1980, GZ 20 Vr 2297/77-110, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Hörlsberger und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalt Dr. Tschulik, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Beurteilung des der Angeklagten als Beteiligter (Bestimmungstäterin gemäß § 12 - richtig 11 - FinStrG) angelasteten Schmuggels nach § 35 Abs 1

FinStrG als gewerbsmäßig gemäß § 38 Abs 1 lit a FinStrG, sowie dementsprechend auch im Strafausspruch (einschließlich des Ausspruches über die Wertersatzstrafe gemäß § 19 Abs 1 FinStrG) aufgehoben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst erkannt:

Rita A wird für das ihr nach dem aufrecht gebliebenen Teil des Schuldspruches weiterhin als Beteiligter gemäß § 11 FinStrG zur Last fallende Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs 1 FinStrG gemäß dem Absatz 4

dieser Gesetzesstelle zu einer Geldstrafe von 200.000 S (zweihunderttausend Schilling), für den Fall der Uneinbringlichkeit zu 4 (vier) Monaten Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt. Gemäß § 43 Abs 1 StGB (§ 26 Abs 1 FinStrG) wird die Strafe unter Bestimmung einer Probezeit von 3 (drei) Jahren bedingt nachgesehen. Gemäß § 19 FinStrG wird der Angeklagten Rita A ein Anteil der Wertersatzstrafe von 1,300.000 S (eine Million dreihunderttausend Schilling) auferlegt und für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 6 (sechs) Monaten festgesetzt. Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Mit ihrer Berufung wird die Angeklagte auf obige Entscheidung verwiesen.

Gemäß § 390 a StPO fallen ihr auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde die am 19. Juli 1934 geborene deutsche Staatsbürgerin Rita A des Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels als Beteiligte nach §§ 12 (und nicht wie es auf S 41 unrichtig heißt: 11), 35 Abs 1 und 38 Abs 1 lit a FinStrG schuldig erkannt, weil sie in den Jahren 1971 bis 1977 die österreichischen

Staatsbürgerinnen Reinharda B, Ursula C, Ilse D, Elfriede E und Paula F zum gewerbsmäßigen Schmuggel von Kosmetikartikel im Gesamtzollwert von 1.711.442,08 S nach Österreich bestimmte, indem sie als Angestellte, nämlich als Gebiets- bzw Bezirksleiterin der Firma G-Cosmetics-GesmbH (in der Folge als: G bezeichnet) die Genannten durch Zuweisung eines pro-forma-Vertretungsgebietes in der Bundesrepublik Deutschland für Österreich als G-Vertreterinnen anwarb und bestellte, sie unterwies und ihnen auftrug, die Waren nach Österreich zu schmuggeln, sowie schließlich durch Registrierung der jeweiligen Kopien der Bestellungen zur Ausführung dieser Taten beitrag, wobei der auf die Waren entfallende Eingangsabgabenbetrag insgesamt 918.146 S (in den Urteilsgründen unrichtig: 921.238 S) ausmacht. Hiefür wurde Rita A nach § 38 Abs 1 FinStrG zu einer - unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehenen -

Geldstrafe und gemäß § 19 Abs 1 FinStrG zu einer Wertersatzstrafe verurteilt.

Dieses Urteil bekämpft die Angeklagte mit einer auf die Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs 1 Z 4, 9 lit a und 9 lit b StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde und mit Berufung. Einen Verfahrensmangel im Sinne des erstbezeichneten Nichtigkeitsgrundes erblickt die Beschwerdeführerin in der Abweisung ihrer in der Hauptverhandlung gestellten Anträge auf zeugenschaftliche Vernehmung der Reinharda B, der Maria H und der Lotte I (im wesentlichen) zum Nachweis dafür, daß Reinharda B und Paula F bereits längere Zeit vor Kontaktnahme mit ihr G-Kosmetika bezogen und (schmuggelnd) nach Österreich gebracht hätten und demnach nicht (erst) von ihr zum Schmuggel bestimmt worden seien (Bd I, S 434 f).

Rechtliche Beurteilung

Die Verfahrensrüge versagt. In seinem abweislichen Zwischenerkenntnis verwies das Erstgericht zutreffend darauf, daß Reinharda B laut einem von ihrem Gatten vorgelegten (nach Beurteilung des Schöffensenates unbedenklichen) fachörtlichen Gutachten auf absehbare Zeit nicht vernehmungsfähig ist, sodaß ihre zeugenschaftliche Vernehmung füglich nicht hätte bewerkstelligt werden können (vgl § 252 Abs 1 Z 1 StPO).

Bezüglich der beantragten Einvernahme der in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaften Zeugen Maria H und Lotte I, die zu einem persönlichen Erscheinen vor dem erkennenden Gericht ersichtlich nicht bereit waren (vgl die von Lotte I nicht angenommene Ladung und das Schreiben der Maria H vom 17. Jänner 1980, - beide Stücke unjournalisiert in der Beilagenmappe, obgleich sie und auch andere in dieser Mappe erliegende Stücke nach den Bestimmungen der Geo über die Aktenbildung ordnungsgemäß einzujournalisieren gewesen wären), übersah das Erstgericht allerdings, daß im Verhältnis zwischen der Republik Österreich und der BRD nunmehr eine gerichtliche Rechtshilfe auch in fiskalischen Strafsachen vorgesehen ist (Art IV des Vertrages zwischen der Republik Österreich und der Bundesrepublik Deutschland über die Ergänzung des Europäischen Übereinkommens über die Rechtshilfe in Strafsachen vom 20. April 1959 und die Erleichterung seiner Anwendung, BGBl Nr 36/1977; vgl auch Pkt 11 b) des Abschnittes C der Mitteilung über die Beziehungen Österreichs zum Ausland in Strafsachen und Neufassung der 'Länderübersicht' JABI 1980 Nr 16 /S 60/), diese Zeugenvernehmungen durch ein Rechtshilfegericht in der BRD mithin an sich zulässig und durchführbar gewesen wären. Dennoch ist die Abweisung der Anträge zu Recht erfolgt. Durch die begehrten Beweisaufnahmen hätte nämlich - wie bereits erwähnt - im Ergebnis erwiesen werden sollen, daß Reinharda B und Paula F - was von ihnen (und vom Zeugen Karl B) aber gar nicht in Abrede gestellt worden war - schon vor ihrer Bestellung zu Vertreterinnen der Firma G durch die Angeklagte G-Kosmetikartikel (vorwiegend zum Eigenverbrauch) erworben und nach Österreich geschmuggelt hatten. Dies schließt aber nicht aus, daß es die Angeklagte war, welche auf Reinharda B und Paula F - ebenso wie auf Ursula C, Ilse D und Elfriede E - immer wieder durch die Aufforderung, Waren der Firma G nach Österreich zu schmuggeln, einwirkte und sie, obwohl sie hiezu noch nicht fest entschlossen waren, zur Fortsetzung (und Ausweitung) ihrer Schmuggeltätigkeit veranlaßte. Dem unter Beweis gestellten Umstand kommt somit für die Entscheidung der Schuldfrage keine Bedeutung zu, weshalb durch die Abweisung der angeführten Anträge Verteidigungsrechte der Angeklagten nicht beeinträchtigt worden sind.

Ebenfalls nicht stichhäftig ist der zum Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 9 lit b StPO erhobene Einwand der Beschwerdeführerin, es hätte ihr ein Handeln in entschuldbarem (Rechts-)Irrtum (§ 9 FinStrG) zugebilligt werden müssen, weil sie von ihrer Dienstgeberfirma dahingehend belehrt worden sei, sie brauche sich um die Handlungsweise der Kundenberaterinnen nicht zu kümmern; diese seien als selbständige Gewerbetreibende für die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens allein verantwortlich.

Die Beschwerdeführerin läßt hiebei unberücksichtigt, daß sie sich nach dem im Urteil als erwiesen angenommenen

Sachverhalt keineswegs darauf beschränkte, die von ihr für die Firma G angeworbenen und bestellten Vertreterinnen mit Waren dieser Firma beliefern zu lassen und es im übrigen ihnen zu überlassen, wo und auf welche Weise diese die Waren verkauften; ihr deliktisches Verhalten bestand vielmehr in einer Einwirkung auf den Willen der angeworbenen Frauen mit dem (erreichten) Ziel, daß diese die betreffenden Waren nach Österreich schmuggeln und dort an Endverbraucher weitergeben sollten (§ 11 FinStrG, zweite Alternative), und in der (erfolgreichen) Förderung dieses Ziels durch sonstigen Tatbeitrag (§ 11 FinStrG, dritte Alternative). Da die Rechtsrüge nicht - so wie dies für die gesetzmäßige Darstellung eines materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes erforderlich wäre - von den gesamten im Urteil getroffenen, für die aufgeworfene Frage nach dem relevierten Schuldausschließungsgrund bedeutsamen Feststellungen ausgeht, sondern sich gerade über den wesentlichsten Teil derselben hinwegsetzt, ist sie nicht prozeßordnungsgemäß ausgeführt. Mit ihrem Vorbringen, Verdacht geschäuft zu haben, die gelieferten Waren könnten nach Österreich geschmuggelt werden, und deshalb mit ihrer Dienstgeberfirma zwecks Auskunftserteilung in Verbindung getreten zu sein, gibt sie im übrigen zu, das Unrecht der Tat (Schmuggel von Kosmetikartikel nach Österreich) als solches erkannt zu haben; umso weniger kann sie sich mit Erfolg darauf berufen, es habe ihr, soweit sie Tatbeteiligte des Schmuggels war, das Unrechtsbewußtsein wegen eines Irrtums gemangelt, der ihr (das Vergehen oder) das in dem Vergehen liegende Unrecht nicht erkennen ließ. Daß außerdem bedingtes Unrechtsbewußtsein ausreicht (ÖJZ-LSK 1979/152) und die Beschwerdeführerin gar nicht behauptet, in Ansehung ihrer festgestellten Handlungsweise eine (auch inhaltlich) kompetente Auskunft eingeholt zu haben, sei nur noch der Vollständigkeit halber am Rande erwähnt.

Begründet ist die Beschwerde dagegen, insoferne sie in Ausführung der Z 9 lit a - sachlich 10 - des § 281 Abs 1 StPO die Beurteilung der Tatbeteiligung der Angeklagten als gewerbsmäßig gemäß § 38 Abs 1 lit a FinStrG bekämpft. Für die erhöhte Strafbarkeit wegen gewerbsmäßiger Deliktsbegehung genügt - wie die Beschwerdeführerin zu Recht ins Treffen führt - die Kenntnis des Umstandes allein, daß ein anderer Tatbeteiligter gewerbsmäßig handelt, keineswegs.

Als ein nicht das Unrecht der Tat, sondern ausschließlich die Schuld des Täters betreffendes Moment belastet Gewerbsmäßigkeit (bei Tatbegehung durch Mehrere) immer nur jenen Beteiligten, in dessen Person sie vorliegt (vgl ÖJZ-LSK 1977/359, St 48/96 ua). Gewerbsmäßige Tatbegehung setzt daher (entsprechend der gemäß Art 1 Abs 1 StRAnpG auch für gerichtlich strafbare Finanzvergehen geltenden Regelung des § 14 Abs 2 StGB im Bereich des Finanzstrafgesetzes ebenfalls) voraus, daß es dem jeweiligen Täter (Beteiligten) darauf ankommt, sich - und nicht bloß einem Dritten - durch die wiederkehrende Begehung (oder Förderung) derartiger Straftaten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (vgl JBl 1979, 663 = ÖJZ-LSK 1979/232, EvBl 1980/89 = ÖJZ-LSK 1980/44 sowie abermals St 48/96). Nur dann also, wenn er einen solchen Vorteil, der auch auf einem Umweg durch einen Dritten erlangt werden kann, mithin nicht direkt aus der Tat zufließen (LSK 1979/65), wohl aber (was das Verhältnis der zugekommenen Mittel zur Deliktshandlung betrifft) eine unmittelbare wirtschaftliche Folge der Tat sein muß, für die eigene Person anstrebt, fällt auch dem an einer von anderen Personen gewerbsmäßig verübten Straftat (als Bestimmungstäter/oder Gehilfe) Mitwirkenden selbst Gewerbsmäßigkeit zur Last. Daß die Angeklagte einen derartigen Vorteil gezogen hätte, wurde vom Erstgericht, welches ausschließlich auf ihre Beteiligung am gewerbsmäßigen Schmuggel der unmittelbaren Täterinnen abstelle, nicht konstatiert und hätte auch nicht festgestellt werden können, zumal sie in dieser Richtung weder von den Schmugglerinnen belastet wurde, noch aus der sonstigen Aktenlage (die eindeutig zugunsten der Angeklagten spricht) sich insofern etwas Belastendes ergibt (siehe außer der eigenen Verantwortung der Angeklagten vor dem Untersuchungsrichter ON 51 S 157, das damit übereinstimmende Schreiben des anwaltlichen Rechtsberaters der G an den Verteidiger vom 22. März 1977 - erliegend in Urschrift und Ablichtung als Beilage 2 und 3 zu ON 106:

hienach erhält sie ein fixes Gehalt zuzüglich einer 3%igen Provision vom in ihrem Bezirk gegenüber dem Vorjahr erzielten Mehrumsatz und es ergeben beide zusammen jeweils das fixe Gehalt für das Folgejahr, wobei dieser Erfolg naturgemäß nicht als wirtschaftlich unmittelbar dem von Dritten begangenen Finanzvergehen des Schmuggels entsprungen angesehen werden könnte).

Die verfehlte (rechtliche) Wertung der Handlungsweise der Beschwerdeführerin als gewerbsmäßig nach § 38 Abs 1 lit a FinStrG war darum aus dem Urteil zu eliminieren. Dies hatte die Neubemessung der Strafe und des Wertersatzes nach Aufhebung des Urteils im Strafausspruch, und zwar (vorliegend) einschließlich des Ausspruches über den Wertersatz, zur Folge, zumal dessen anteilmäßige Auferlegung, um die es hier geht, unter Bedachtnahme auf Grundsätze der Strafbemessung zu geschehen hat (§ 19 Abs 4 FinStrG), für welche die Schuld des Täters die Grundlage bildet (§ 23

FinStrG) und eben gerade der Wegfall des Merkmals der Gewerbsmäßigkeit nicht nur die Schuld der Angeklagten erheblich mindert, sondern außerdem überhaupt das einzige maßgebende Kriterium ist, das zu einer anderen (vom Ersturteil abweichenden) Festsetzung des auf die Beschwerdeführerin entfallenden Anteils am Wertersatz führt.

Bei der Strafbemessung war erschwerend, daß die Angeklagte ihr strafbares Verhalten durch längere Zeit fortsetzte und mehrere Personen zu strafbaren Handlungen verführte, mildernd war hingegen der bisherige ordentliche Lebenswandel und der Umstand, daß die Straftaten jetzt bereits längere Zeit zurückliegen. Die Strafe war nunmehr, nach Wegfall der Qualifikation des § 38 Abs 1 lit a FinStrG gemäß § 35 Abs 4 Fin-StrG festzusetzen; nach dieser Gesetzesstelle wird Schmuggel mit Geldstrafe bis zum Zweifachen des auf die Ware entfallenden Eingangsabgabenbetrages - vorliegend 918.146 S -

geahndet.

Unter Zugrundelegung der oben angeführten Strafzumessungsgründe

erscheint eine Geldstrafe in Höhe von 200.000 S und demgemäß eine Ersatzfreiheitsstrafe von vier Monaten angemessen.

Die bedingte Nachsicht dieser Strafe (§ 26 Abs 1 FinStrG, § 43 Abs 1 StGB) folgt, weil bereits im Ersturteil unbekämpft ausgesprochen, schon aus §§ 290 Abs 2, 295 Abs 2 StPO (Verbot einer reformatio in peius).

Beim ebenfalls neu zu bemessenden Wertersatz war von einem - in dieser Höhe auch von der Angeklagten nicht bestrittenen - Gesamtbetrag von 2.609.291 S auszugehen, davon war der Angeklagten im Ersturteil ein als 'mit zwei Dritteln' errechneter Anteil in der Höhe von 1.742.069 S auferlegt worden, während der Rest auf die unmittelbaren Täterinnen aufgeteilt worden war. Berücksichtigt man nun einerseits, daß die Schuld der Angeklagten zwar noch immer beträchtlich ist, weil die Straftaten von ihr den Ausgang genommen haben, jedoch die Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit, somit ein wesentlicher die Schuld des Täters betreffender Umstand weggefallen ist, erscheint es angemessen, ihr einen Wertersatz von 50 % der Gesamtsumme (in der aus dem Spruch ersichtlichen - abgerundeten - Höhe) aufzuerlegen und hiefür eine Ersatzfreiheitsstrafe von sechs Monaten zu bestimmen.

Daß durch die Höhe des nunmehr insgesamt verhängten Wertersatzes nicht der (ganze) gemeine Wert im Sinne des § 19 Abs 3 FinStrG erreicht wird, steht dem nicht entgegen (Dorazil-Harbich-Reichel-Kropfitsch, Anm 11 zu § 19 FinStrG; vgl auch ebendort im Entscheidungsteil Nr 30).

Mit ihrer (auch auf die fehlerhafte rechnerische Ermittlung von zwei Dritteln des Gesamtwerteratzes - Differenz zu Ungunsten der Angeklagten: 2.541,67 S - zu Recht bekämpfenden) Berufung war die Angeklagte demgemäß auf diese Entscheidung zu verweisen.

Anmerkung

E03202

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1981:0100OS00144.8.0428.000

Dokumentnummer

JJT_19810428_OGH0002_0100OS00144_8000000_000

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