

# TE OGH 1981/3/17 90s5/81

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.03.1981

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 17. März 1981

unter dem Vorsitz des Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Obauer und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Keller, Dr. Faseth, Dr. Horak und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtswärters Dr. Zeitler als Schriftführerin in der Strafsache gegen Helmut A und Monika A wegen des Vergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG und einer anderen strafbaren Handlung über die von den Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Schöffengericht vom 10. Oktober 1980, GZ 35 Vr 1042/80-13, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Horak, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Walser und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Kodek, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Den Berufungen wird nicht Folge gegeben.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 4. Februar 1937 geborene Angestellte Helmut A des Vergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels (im Urteilsspruch infolge eines offenbaren Schreibfehlers /vgl S 3 des Urteils/ unrichtig: 'und der Hinterziehung von Eingangs- oder Ausgangsabgaben') nach §§ 35 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG und seine am 11. Jänner 1949 geborene Ehegattin und Dienstgeberin Monika A, Inhaberin einer Tierhandlung, des Vergehens der fahrlässigen Abgabenhelerei nach § 37 Abs 3

(Abs 1 lit a) FinStrG schuldig erkannt; darnach hatten 1.) Helmut A in der Zeit vom 1. Jänner 1973

bis Ende 1978 in Kufstein in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung von Schmuggel eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, eingangsabgabenpflichtige Waren, nämlich eine nicht feststellbare Anzahl von Junghunden mit einem geschätzten Wert von 550.635 S vorsätzlich unter Verletzung einer zollrechtlichen Stellungs- oder Erklärungspflicht dem Zollverfahren einzuziehen, wodurch Eingangsabgaben von insgesamt S 97.768,-- verkürzt wurden, und 2.) Monika A in derselben Zeit in Innsbruck die zu 1.) angeführten Hunde fahrlässig verhandelt.

Gegen dieses Urteil wenden sich beide Angeklagten mit einer gemeinsam ausgeführten, auf die Nichtigkeitsgründe der Z 5, 9 lit a und 10 des § 281 Abs 1 StPO, von der Zweitangeklagten in ihrer Stellung als Haftungsbeteiligter der Sache nach auch der Z 11 dieser Gesetzesstelle gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

In der Mängelrüge wird die Feststellung des Erstgerichtes, daß der Erstangeklagte Hunde unter Umgehung zollrechtlicher Stellungs- und Erklärungspflichten nach Österreich eingeführt und dadurch seiner Ehegattin und sich selbst eine fortlaufende Einnahme verschafft habe, sowie die wiederholte Verwendung des Ausdrucks 'Verzollung' im angefochtenen Urteil als aktenwidrig bezeichnet, weil inhaltlich des Finanzstrafaktes für die eingeführten Hunde kein Zoll, sondern Einfuhrumsatzsteuer zu bezahlen gewesen wäre. Von einer Aktenwidrigkeit im Sinne des behaupteten Nichtigkeitsgrundes kann indes keine Rede sein, weil - abgesehen davon, daß die lediglich in S 5 des Urteils vorkommende Formulierung 'Verzollung' ersichtlich nur eine der Umgangssprache folgende, unpräzise Ausdrucksweise für die Entrichtung der Einangsabgaben darstellt - die Frage, ob für die Hunde (auch) Zoll zu entrichten war, keine entscheidende Tatsache im Sinne des § 281 Abs 1 Z 5 StPO betrifft, da sich des Schmuggels nach § 35 Abs 1 FinStrG schuldig macht, wer eingangs- oder ausgangsabgabenpflichtige Waren vorsätzlich unter Verletzung einer zollrechtlichen Stellungs- oder Erklärungspflicht dem Zollverfahren entzieht und der Sammelbegriff 'Eingangsabgaben' nicht nur den Zoll (der für die aus der Bundesrepublik Deutschland eingeführten Hunde tatsächlich nicht zu entrichten war), sondern auch die Einfuhrumsatzsteuer, den Außenhandelsförderungsbeitrag und jene Verbrauchssteuern umfaßt, die von den Zollämtern anlässlich der Wareneinfuhr erhoben werden (§ 3 Abs 1 ZollG). Schmuggel ist daher keineswegs, wie der Beschwerdeführer offenbar vermeint, auf Zollhinterziehung (im engeren Sinn) beschränkt; die zollrechtlichen Stellungs- und Erklärungspflichten bestehen vielmehr bei jeder Einfuhr einer eingangsabgabenpflichtigen Ware. (Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers ist die Frage nach der Art der geschuldeten Eingangsa gaben im übrigen auch für die Beurteilung der Gewerbsmäßigkeit, wie bei der Behandlung seiner Rechtsrüge dargetan werden wird, ohne Bedeutung.) In der Rechtsrüge gemäß § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO vertritt der Beschwerdeführer Helmut A die Auffassung, seine Tat stelle lediglich eine Finanzordnungswidrigkeit gemäß § 51 FinStrG dar, weil er die Republik Österreich nicht um Abgaben verkürzt habe, da diese bei Deklaration der Ware und Leistung der Einfuhrumsatzsteuer nur etwas erhalten hätte, was sie zufolge des Abzuges der sogenannten Vorsteuer - wirtschaftlich gesehen - wieder hätte zurückerstatten müssen. Bei dieser Argumentation übersieht der Beschwerdeführer, daß es bei dem Tatbestand des Schmuggels nach § 35 Abs 1 FinStrG auf die Verkürzung von Abgaben überhaupt nicht ankommt, der Tatbestand vielmehr bereits damit vollendet ist, daß an sich eingangsoder ausgangsabgabenpflichtige Waren dem Zollverfahren vorsätzlich entzogen wurden (SSSt 41/16 = EvBl 1971/72). Im übrigen träfe die Rechtsansicht der Nichtigkeitsbeschwerde selbst für den Tatbestand des § 35 Abs 2 FinStrG nicht zu:

### **Rechtliche Beurteilung**

Richtig ist zwar, daß der einführende Unternehmer das Recht hat, auch die von ihm entrichtete Einfuhrumsatzsteuer als Vorsteuer von der Umsatzsteuer für seine inländischen Umsätze abzusetzen und daß dies wirtschaftlich einer Rückgängigmachung der Einfuhrbesteuerung gleichkommt, sodaß insoweit ein zu viel oder zu wenig erhobener Betrag an Einfuhrumsatzsteuer letztlich keine finanzielle Auswirkung für den zum Vorsteuerabzug berechtigten Importeur hat. Dies alles ändert aber nichts daran, daß eine Verkürzung der bescheidmäßig festgesetzten Einfuhrumsatzsteuer gemäß der vom Gesetzgeber bei der Anpassung des Finanzstrafgesetzes an das System der Mehrwertsteuer mit Vorsteuerabzug uneingeschränkt beibehaltenen Legaldefinition des Begriffes der Abgabenverkürzung im § 33 Abs 3

lit a FinStrG schon dann als bewirkt gilt, wenn die obengenannten Eingangsabgaben nicht oder zu niedrig festgesetzt wurden. Die vorliegend gar nicht verwirklichte Möglichkeit, gemäß § 12 Abs 1 Z 2 UStG 1972 die Einfuhrumsatzsteuer mit dem gesetzmäßig festgestellten und zu entrichtenden Betrag als Vorsteuer abzuziehen, spielt für die hier zu beurteilende Frage, ob durch die unterbliebene Festsetzung bereits eine Verkürzung der Einfuhrumsatzsteuer bewirkt wurde, keine Rolle (EvBl 1978/187, ferner die bei Dorazil-Harbich-Reichel-Kropfitsch unter Nr 42 a zu § 35 FinStrG zitierten weiteren Entscheidungen).

Die Beschwerdeführerin Monika A wendet sich aus dem Grunde des § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO gegen ihren Schuldspruch wegen fahrlässiger Abgabehehlerei mit der sinngemäß zusammengefaßten Argumentation, daß ihr eine Fahrlässigkeitsschuld begründende Sorgfaltspflichtverletzung nicht angelastet werden könne, weil sie sich auf ihren Ehegatten jedenfalls verlassen durfte und ihm vertraut habe, was schon daraus deutlich werde, daß dessen Vorgehen für sie nicht von wirtschaftlichem Vorteil, sondern insofern sogar von Nachteil gewesen sei, als die in der Bundesrepublik Deutschland entrichtete Umsatzsteuer bei ordnungsgemäßer Deklaration der Einfuhr an der Grenze rückerstattet worden wäre.

Auch dieses Vorbringen ist nicht zielführend. Der Auffassung der Beschwerdeführerin zuwider ist bei der Beurteilung dieser Frage nämlich davon auszugehen, daß sie nach den - auf ihrer Verantwortung (S 48) beruhenden -

Feststellungen des Erstgerichtes wußte, daß die von ihr verkauften Hunde aus der Bundesrepublik Deutschland eingeführt worden waren, sie sich jedoch im gesamten Deliktszeitraum nicht darum kümmerte, ob ihr Ehegatte bei der Einfuhr der zollrechtlichen Stellungs- und Erklärungspflicht nachkam und die Eingangsabgaben entrichtete. Berücksichtigt man, daß die Beschwerdeführerin die Geschäftsinhaberin war und auch den Verkauf der Hunde durchführte, so erweist sich die vom Erstgericht vorgenommene Beurteilung ihres Verhaltens als (zumindest) unbewußt fahrlässig im Sinne des § 8 Abs 2 erster Satz FinStrG frei von Rechtsirrtum. Auch das von ihr behauptete Vertrauen auf die Redlichkeit ihres Ehegatten konnte sie nicht ihrer Pflicht entbinden, die Erfüllung der zollrechtlichen Vorschriften zumindest durch gelegentliche Erkundigungen bei diesem zu überprüfen. Da sie sich aber ihrer eigenen Darstellung nach um diese Frage überhaupt nicht kümmerte, hat sie die Sorgfalt außer acht gelassen, zu der sie (objektiv) nach den Umständen verpflichtet und (subjektiv) nach ihren geistigen und körperlichen Verhältnissen befähigt war und die ihr auch zuzumuten war.

In ziffernmäßiger Ausführung der Rechtsrüge nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO - der Sache nach ebenfalls auf die Z 9 lit a dieser Gesetzesstelle gestützt, da vorliegendenfalls nur die Annahme der Gewerbsmäßigkeit des Schmuggels eine gerichtlich strafbare Handlung begründet - wendet sich der Erstangeklagte ferner gegen die Qualifikation seiner Tat als gewerbsmäßig im Sinne des § 38 Abs 1 lit a FinStrG, weil er durch sein Verhalten kein fortlaufendes Einkommen erzielt, sondern im Gegenteil einen Verlust erlitten habe. Dem ist vorerst zu entgegnen, daß für die Beurteilung eines Verhaltens als gewerbsmäßig grundsätzlich nicht der dadurch erzielte wirtschaftliche Erfolg, sondern die das Verhalten bestimmende Zielvorstellung ('Absicht') des Täters maßgebend ist. Gewerbsmäßig handelt daher auch derjenige, der infolge Fehlkalkulation oder aus anderen Gründen seine Absicht, ein Einkommen zu erzielen, nicht erreicht und allenfalls sogar Verlust erleidet (Dorazil-Harbich-Kropfitsch-Reichel, Entscheidungen unter Nr 9 zu § 38 FinStrG).

Insbesondere läßt der Beschwerdeführer in seinem Vorbringen aber die erstgerichtliche Feststellung außer acht, daß er sich und seiner Ehegattin durch den fortgesetzten Schmuggel tatsächlich eine fortlaufende Einnahme geschaffen, also nicht bloß angestrebt, sondern wirklich erzielt hat (S 58). Sein weder durch die Urteilsfeststellungen noch durch seine Verantwortung in der Hauptverhandlung oder andere Verfahrensergebnisse gedecktes, auf der Annahme ordnungsgemäßer Versteuerung der Hundekäufe in der Bundesrepublik Deutschland beruhendes Vorbringen, es wäre ihm bei Deklaration der Hunde an der Grenze die in Deutschland entrichtete Umsatzsteuer rückerstattet worden, ist daher, weil nicht von den erstgerichtlichen Tatsachenfeststellungen ausgehend, zur gesetzmäßigen Darstellung der Rechtsrüge nicht geeignet. Es vermag aber auch die zitierte Tatsachenfeststellung nicht als mangelhaft begründet erfolgreich zu bekämpfen. Diese entspricht nämlich sowohl den Gesetzen logischen Denkens als auch der Lebenserfahrung und bedurfte angesichts des umfassenden Schuldbekenntnisses des Erstangeklagten zum Anklagevorwurf (S 47) keiner detaillierten Begründung.

Daß das inkriminierte Verhalten des Beschwerdeführers auch geeignet war, durch die unterbliebene Deklaration der Waren und die Ersparung der Eingangsabgaben einen wirtschaftlichen Vorteil, insbesondere auch im Wettbewerb, zu erbringen, kann nicht bezweifelt werden. Es darf nämlich, wie vom Obersten Gerichtshof ua schon am 28. November 1978

zu 13 Os 58/78 klargelegt wurde, nicht übersehen werden, daß durch die Nichtdeklarierung bei der Wareneinfuhr die Erzielung 'schwarzer' Umsätze und Gewinne anläßlich der Weiterveräußerung der importierten Waren verdeckt werden kann. In einem solchen Fall dient die Tat mittelbar der Begehung weiterer Abgabenhinterziehungen und es ist die Erschließung fortlaufender Einnahmen auch insofern das (End-)Ziel der Abgabenhinterziehung, wenngleich die Verkürzung der Einfuhrumsatzsteuer wegen des Vorsteuerabzugsrechtes an sich keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil einbringt. Da auch bloß als mittelbare Folgen der Tatbegehung vom Täter angestrebte fortlaufende Einnahmen bei der Beurteilung der Tat als gewerbsmäßig ins Kalkül zu ziehen sind (vgl ÖJZ-LSK 1979/65), ist der erörterte Beschwerdeeinwand in keiner Weise zielführend. Die Qualifikation der Tat des Erstangeklagten als gewerbsmäßig ist daher frei von Rechtsirrtum.

Ziffernmäßig ebenfalls auf § 281 Abs 1 Z 10 StPO gestützt, der Sache nach den Nichtigkeitsgrund nach der Z 11 dieser Gesetzesstelle relevierend, wendet sich die Zweitangeklagte als Haftungsbeteiligte hinsichtlich der Strafen des Erstangeklagten gegen die ihr als dessen Dienstgeberin auferlegte Haftung gemäß § 28 FinStrG für die über diesen verhängte Geld- und Wertersatzstrafe, weil ihr keine auffallende Sorglosigkeit zur Last falle.

Auch diese Rüge versagt, weil der Haftungstatbestand des § 28 Abs 2, Abs 4 lit c FinStrG vom Erstgericht zu Recht

angenommen wurde. Zutreffend hat dieses nämlich das Verhalten der Beschwerdeführerin, die sich sechs Jahre hindurch um die zollrechtliche Behandlung der in ihrem Namen von ihrem Ehegatten eingeführten Hunde überhaupt nicht kümmerte und nicht einmal eine Frage nach der Erfüllung der zollrechtlichen Vorschriften stellte, als auffallende Sorglosigkeit im Sinne der zitierten Gesetzesstelle qualifiziert. Beide Nichtigkeitsbeschwerden waren daher zu verwerfen. Das Erstgericht verhängte über den Angeklagten Helmut A nach §§ 35 Abs 4, 38 Abs 1 FinStrG eine Geldstrafe von 180.000 S, für den Fall der Uneinbringlichkeit 5 Monate Ersatzfreiheitsstrafe, und verurteilte ihn überdies gemäß §§ 19 und 20 FinStrG zu einer Wertersatzstrafe in der Höhe von 646.753 S, im Nichteinbringlichkeitsfall zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von 3 Monaten.

Monika A hingegen wurde gemäß § 37 Abs 3 FinStrG zu einer Geldstrafe von 40.000 S, für den Fall der Uneinbringlichkeit zu 3 Monaten Ersatzfreiheitsstrafe, verurteilt und bezüglich dieser Angeklagten gemäß § 28 Abs 2 und 4 lit c FinStrG ausgesprochen, daß sie für die über Helmut A verhängten Geld- und Wertersatzstrafen hafte. Gemäß §§ 43 Abs 1 StGB, 26 FinStrG sah das Erstgericht die über die beiden Angeklagten verhängten Geldstrafen unter Bestimmung einer Probezeit von je drei Jahren bedingt nach.

Bei der Strafbemessung wertete es als erschwerend bei beiden Angeklagten den langen Zeitraum, während dessen die strafbaren Handlungen fortgesetzt wurden, während es als mildernd das Geständnis der Angeklagten, ihre Unbescholtenheit und die teilweise Schadensgutmachung in Betracht zog.

Die Berufungen der Angeklagten, mit denen sie eine Strafmilderung - ersichtlich also eine Herabsetzung der verhängten Strafen - anstreben, sind nicht begründet.

Daß es sich bei den Straftaten lediglich um eine unüberlegte und schlampige Vorgangsweise gehandelt habe, der keinerlei Abgabenverkürzungsabsicht zugrundelag und die dem Geschäft der Monika A nur einen Verlust gebracht hätte, ist teils urteilsfremd, teils für die Strafbemessung irrelevant. Die hierfür bedeutsamen Umstände hat das Erstgericht im wesentlichen vollständig festgestellt und hievon ausgehend über die Angeklagten - ohnehin bedingt nachgesehene - Geldstrafen verhängt, die durchaus tat- und tätergerecht und mithin nicht reduktionsbedürftig sind. Es mußte daher auch den Berufungen ein Erfolg versagt bleiben. Die Kostenentscheidung beruht auf der bezogenen Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E03072

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

ECLI:AT:OGH0002:1981:0090OS00005.81.0317.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19810317\_OGH0002\_0090OS00005\_8100000\_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)