

Gericht

OGH

Entscheidungsdatum

26.09.1991

Geschäftszahl

15Os69/91

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 26.September 1991 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Steininger als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Reisenleitner, Dr. Lachner, Dr. Kuch und Dr. Hager als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Hofbauer als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Werner Z***** und andere wegen des Verbrechens des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB sowie einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Werner Z***** und Johann K***** gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 21.November 1990, GZ 6 b Vr 9391/88-94, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Wasserbauer, des Vertreters des Privatbeteiligten, Dr. Wartecker, der Angeklagten Werner Z***** und Johann K***** sowie der Verteidiger Dr. Bernhauser und Dr. Egger zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Den Berufungen wird nicht Folge gegeben.

Gemäß § 390 a StPO fallen den Angeklagten Werner Z***** und Johann K***** auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text**Gründe:**

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch einen unbekämpft gebliebenen Schuldspruch des Mitangeklagten Adalbert T***** enthält, wurden die Zollbeamten Werner Z***** und Johann K***** des Verbrechens des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB (A) und des Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a FinStrG, begangen als Beteiligte nach § 11 dritter Fall FinStrG (D) schuldig erkannt.

Darnach haben sie in S*****

(zu A): als Abfertigungsbeamte des Zollamtes F***** mit dem Vorsatz, die Republik Österreich an ihrem (konkreten) Recht auf Einhebung von Eingangsabgaben anlässlich der Einfuhr von Waren in das Zollinland zu schädigen, ihre Befugnis, im Namen des Bundes als dessen Organ in Vollziehung der Gesetze Amtsgeschäfte vorzunehmen, wesentlich mißbraucht, indem sie (als Mittäter) am 19. September 1987, 15.Oktober 1987, 10.November 1987, 12. November 1987 und 22.Dezember 1987, Johann K***** auch (allein) am 29.Oktober 1987 auf den unter Punkt A I und II des Urteilsspruches näher bezeichneten Luftfrachtbriefen wahrheitswidrig eine Verzollung von eingeführten Waren bestätigten, obwohl der über diese Waren Verfügungsberechtigte (Adalbert T*****) keine Eingangsabgaben entrichtet hatte und die Luftfrachtbriefe vor Aushändigung an den Verfügungsberechtigten auch nicht an die Zollkasse weitergeleitet worden waren, wodurch ein Schaden von 174.861 S (Werner Z*****) bzw. 219.120 S (Johann K*****) herbeigeführt wurde;

(zu D): in gewerbsmäßiger Absicht vorsätzlich zur Ausführung des von Adalbert T***** (zu C 1 bis 6) begangenen Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a FinStrG beigetragen, indem sie als Mittäter (D I) bzw. Johann K***** auch allein (D II) Adalbert T***** die unter A bezeichneten Luftfrachtbriefe, auf denen wahrheitswidrig eine ordnungsgemäße Eingangsabfertigung bestätigt

worden war, übergaben, wobei der strafbestimmende Wertbetrag bei Z***** 174.861 S und bei K***** 219.120 S beträgt.

Dieses Urteil bekämpfen die Angeklagten Werner Z***** und Johann K***** mit (getrennt ausgeführten) Nichtigkeitsbeschwerden, wobei der Erstgenannte die Gründe der Z 4 und 10, der Letztgenannte hingegen jene der Z 4, 5, 5 a, 10 und 11 des § 281 Abs. 1 StPO geltend macht.

Einen Verfahrensmangel (Z 4) erblickt der Angeklagte Z***** in der Abweisung (S 209 f/II) seiner in der Hauptverhandlung am 21. November 1990 gestellten Anträge auf "Herstellung" (gemeint: Beischafterung) der die inkriminierten Tattage betreffenden Auszüge aus dem Anmeldeungsregister (des Zollamtes F*****) zum Beweis dafür, daß er im Zeitpunkt der Einreichung der verfahrensgegenständlichen Warenerklärungen nicht (mehr) im Amt gewesen sei, ferner auf ergänzende Vernehmung des Zeugen Karl Heinz L***** zum Nachweis der unverändert gebliebenen Uhrzeitstempel auf den Frachtbriefen, sowie auf "Einholung und Sicherstellung" der Buchhaltung des Mitangeklagten Adalbert T*****, wodurch nachgewiesen werden sollte, daß T***** bereits von Anbeginn an mittels Scheinfirmiten Bestellungen aufgegeben habe und daß deren Auftraggeber nur zur Verschleierung seiner Einkünfte gedient haben (S 207 f/II).

Rechtliche Beurteilung

Diese Beweisanträge verfielen indes zu Recht der Ablehnung. Denn die Eintragungen im Einreichungsregister geben - worauf das Schöffengericht zutreffend verwies - keinen Aufschluß über den Zeitpunkt, wann der Beschwerdeführer das Zollgebäude tatsächlich nach der (von ihm behaupteten vorzeitigen) Beendigung seines Dienstes verlassen hat. Es hätte demnach, um die Beachtlichkeit dieses Beweisbegehrens darzutun, weiterer konkreter Behauptungen dahin bedurft, aus welchen Gründen erwartet werden könne, daß die Durchführung dieses Beweises das vom Angeklagten Z***** angestrebte Ergebnis, nämlich den Ausschluß seiner Täterschaft zufolge Abwesenheit von seiner Dienststelle, erbringen werde; ein solches Vorbringen ist dem Beweisantrag (S 208/II) jedoch nicht zu entnehmen. Die durch den Zeugen L***** nachzuweisende Nichtveränderung der auf den Frachtbriefen aufscheinenden Uhrzeitstempel hat hingegen das Erstgericht ohnehin als erwiesen angenommen (S 242/II), sodaß auch in dieser Beziehung eine Beeinträchtigung von Verteidigungsrechten ausscheidet. Das gleiche gilt für die beantragte Beischafterung der Buchhaltungsunterlagen des Mitangeklagten Adalbert T*****, weil die Frage der Modalitäten bei Bestellung der Importware keinen für die Entscheidung über die Schuld des Angeklagten Z***** entscheidungswesentlichen Umstand betrifft.

Soweit sich auch der Angeklagte K***** durch die Abweisung des Antrages auf Beischafterung des Anmeldeungsregisters, dem er sich angeschlossen hat (S 208/II), in seinen Verteidigungsrechten für beschwert erachtet (Z 4), genügt es, auf das zu diesem Beweisantrag bereits Gesagte zu verweisen.

In der Tatsachenrüge (Z 5 a) bezweifelt Johann K***** den Beweiswert der ihn belastenden Angaben des Mitangeklagten T***** mit dem Hinweis auf dessen widersprüchliche Behauptungen über die Anwesenheit eines Zeugen (Werner D*****) bei Besprechung der gegenständlichen Malversationen mit dem Angeklagten Z*****.

Das Schöffengericht gründete seine Feststellungen zum Tathergang zwar vorwiegend auf die insgesamt als glaubwürdig beurteilten Einlassungen des Mitangeklagten T*****, aber auch auf andere, den Beschwerdeführer belastenden Verfahrensergebnisse, wie z.B. auf das Gutachten des Schriftsachverständigen (vgl. S 242/II). Daß es der in der Rüge hervorgehobenen, bloß einen Nebenumstand berührenden Divergenz nicht jene vom Beschwerdeführer geforderte Bedeutung beigemessen hat, bedeutet aber nicht, daß deshalb gegen die tatrichterlichen Beweiswürdigungserwägungen in ihrer Gesamtheit und damit gegen die Richtigkeit der entscheidungswesentlichen Urteilsannahmen jene schwerwiegenden Zweifel aufkommen, auf welche der reklamierte Nichtigkeitsgrund abstellt.

Gegen den Vorwurf der gewerbsmäßigen Begehung des vorbezeichneten Finanzvergehens richten sich sowohl die Mängelrüge (Z 5) des Beschwerdeführers K*****, als auch die Subsumtionsrügen (Z 10) der beiden Beschwerdeführer.

Dem Vorbringen des Angeklagten K***** zuwider haftet der bekämpften Urteilsannahme der behauptete Mangel einer unzureichenden oder fehlenden Begründung nicht an. Denn das Schöffengericht konnte aus dem zielstrebigem, auf einer Vereinbarung beruhenden Vorgehen beider Beschwerdeführer und dem wiederholten Empfang von Geldbeträgen für die Mitwirkung am Schmuggel des Mitangeklagten T*****, demnach aus Umfang und Dauer ihrer kriminellen Betätigung durchaus im Einklang mit den Denkgesetzen den Schluß ziehen, daß die Absicht (auch) des Beschwerdeführers K***** auf die Erzielung fortlaufender Einnahmen durch wiederkehrende Tatbegehung gerichtet war (S 248/II). Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand, es

habe nicht geklärt werden können, ob er aus den Geldzuwendungen überhaupt einen Nutzen gehabt habe, ist schon deshalb nicht zielführend, weil gewerbsmäßiges Handeln nicht die tatsächliche Erzielung fortlaufender (krimineller) Einkünfte, sondern lediglich die hierauf gerichtete Absicht des Täters - wie sie das Erstgericht mängelfrei feststellte - voraussetzt.

Soweit beide Beschwerdeführer in ihren Rechtsrügen die zur Beurteilung der gewerbsmäßigen Tatbegehung erforderlichen Feststellungen vermissen, wird der geltend gemachte materiellrechtliche Nichtigkeitsgrund (Z 10), der ein Festhalten am Urteilssachverhalt erfordert, nicht zur gesetzmäßigen Darstellung gebracht, weil sie sich mit ihren Einwendungen über jene auf einer Gesamtwürdigung der Verfahrensergebnisse beruhenden, auch zur subjektiven Tatsache getroffenen Urteilsannahmen gewerbsmäßiger Begehung des Finanzvergehens (S 248/II) hinwegsetzen.

Es kann aber auch der vom Angeklagten Werner Z***** vertretenen Auffassung nicht beigetreten werden, der Tatbestand des Mißbrauchs der Amtsgewalt verdränge im Hinblick auf die Identität des Schadens das ihm damit in Tateinheit weiters zur Last gelegte Finanzvergehen. Abgesehen davon, daß Schutzzweck des Finanzvergehens nach § 35 FinStrG die Zollhoheit des Staates ist, durch § 302 StGB aber ein anderes Rechtsgut, nämlich die Ordnungsgemäßheit und die Sauberkeit der gesamten staatlichen Verwaltung (vgl. Leukauf-Steininger StGB2, RN 1 zu § 302) geschützt wird, erhellt schon aus der Regelung des § 22 FinStrG, daß das Verbrechen des Mißbrauchs der Amtsgewalt mit einem Finanzvergehen sehr wohl echt idealkonkurrierend zusammentreffen kann (SS. 51/32; EvBl. 1978/187, 1982/73; 14 Os 23/90 ua). Demnach wurden die vom erstgerichtlichen Schuldspruch erfaßten Straftaten dem Beschwerdeführer rechtsrichtig sowohl als Verbrechen des Mißbrauchs der Amtsgewalt nach § 302 Abs. 1 StGB als auch als Finanzvergehen nach §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a, 11 FinStrG zugerechnet.

Als nichtig gemäß der Z 11 des § 281 Abs. 1 StPO bekämpft der Angeklagte Johann K***** zunächst den ihn betreffenden Verfallsersatzanspruch nach § 20 Abs. 2 StGB hinsichtlich eines Teilbetrages von 30.000 S. Mit der Behauptung, ihm seien lediglich 15.000 S zugekommen, negiert er aber die Urteilsfeststellungen, denen zufolge er für seine Mitwirkung am Schmuggel des Mitangeklagten Adalbert T***** Zuwendungen von mindestens 45.000 S erhalten hatte (S 247/II) und bringt solcherart die Strafzumessungsrüge nicht zu prozeßordnungsgemäßer Ausführung. Inwiefern das Erstgericht durch die (gesetzlich gebotene; vgl. § 35 Abs. 4 iVm §§ 17 und 19 FinStrG) kumulative Verhängung der Geld- und Wertersatzstrafe sowie durch den (auf § 20 Abs. 2 StGB gestützten) Verfallsersatzanspruch seine Strafbefugnis überschritten haben soll, führt die Beschwerde nicht näher aus; insoweit ist sie einer Erwiderung nicht zugänglich. Soferne aber der Angeklagte K***** der Sache nach bloß die Höhe der ihm anteilmäßig auferlegten Wertersatzstrafe (§ 19 Abs. 4 FinStrG) innerhalb des gesetzlichen Rahmens bemängelt, wendet er sich gegen eine gerichtliche Ermessensentscheidung die nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde, sondern nur mit Berufung bekämpft werden kann (Dorazil-Harbach-Reichel-Kropfisch Komm. zum FinStrG E 33 f und 54 zu § 19 FinStrG).

Die zur Gänze unbegründeten Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten Werner Z***** und Johann K***** waren daher zu verwerfen.

Das Schöffengericht verhängte über die Angeklagten Z***** und K***** (gemäß § 302 Abs. 1 StGB) Freiheitsstrafen in der Dauer von je neun Monaten, die es gemäß § 43 Abs. 1 StGB unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachsah.

Überdies verurteilte es

gemäß §§ 35 Abs. 4, 38 Abs. 1 FinStrG die beiden Angeklagten zu Geldstrafen in der Höhe von je 80.000 S, im Fall der Uneinbringlichkeit vier Wochen Ersatzfreiheitsstrafe,

gemäß § 20 Abs. 2 StGB (zur ungeteilten Hand mit dem zur Zahlung eines Verfallsersatzbetrages von 95.000 S verurteilten Adalbert T*****) den Angeklagten Z***** zur Zahlung von 50.000 S, den Angeklagten K***** von 45.000 S und

nach §§ 35 Abs. 4, 38 Abs. 1, 17 Abs. 2 sowie 19 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 FinStrG Werner Z***** zu einer Wertersatzstrafe von 180.000 S, im Fall der Uneinbringlichkeit zwei Monate Ersatzfreiheitsstrafe und Johann K***** zu einer Wertersatzstrafe von 250.000 S, im Fall der Uneinbringlichkeit zwei Monate Ersatzfreiheitsstrafe.

Bei der Strafbemessung werteten die Tatrichter bei beiden Angeklagten als erschwerend das Zusammentreffen eines Verbrechens mit einem Finanzvergehen, bei Z***** überdies die Anstiftung des Adalbert T*****, als mildernd hingegen die Unbescholtenheit.

Mit ihren Berufungen begehren die beiden Angeklagten die Herabsetzung der Freiheits-, Geld- und Wertersatzstrafen, K***** beantragt überdies die bedingte oder teilbedingte Nachsicht der über ihn verhängten Geldstrafen.

Die erstrichterlichen Strafzumessungsgründe bedürfen insofern einer Korrektur, als der Erschwerungsgrund des Zusammentreffens eines Verbrechens mit einem Finanzvergehen auf Grund der Strafenkumulierungsvorschrift des § 22 Abs. 1 FinStrG in Wegfall zu kommen hat. Dieser - von keinem der Angeklagten

gerügte - Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot kann zwar Nichtigkeit in der Bedeutung des § 281 Abs. 1 Z 11 StPO begründen (13 Os 28/89, 12 Os 138/90 ua), gibt aber vorliegend zu einem Vorgehen gemäß § 290 Abs. 1 StPO keinen Anlaß, weil er sich nach Lage des Falles nicht zum Nachteil der Angeklagten auswirkt (vgl. Mayerhofer-Rieder StPO3 E 32 zu § 290). Denn bei beiden Angeklagten ist als gleichgewichtiger Erschwerungsgrund zu berücksichtigen, daß Z***** den Mißbrauch der Amtsgewalt in fünf, K***** in sechs (und der am Rechtsmittelverfahren nicht beteiligte T***** als Beteiligter sogar in elf) Fällen beging.

Im übrigen aber hat das Schöffengericht die besonderen Strafzumessungsgründe vollständig angeführt und sie auch zutreffend gewürdigt.

Seit dem letzten Tatbegehungszeitpunkt (22.Dezember 1987) sind noch keine vier Jahre verstrichen. Von einer Tatbegehung vor längerer Zeit kann in diesem Fall daher noch nicht gesprochen werden. Daß sich Z***** seitdem wohlverhalten hat, ist, weil er ungeachtet seiner Malversationen weiterhin als Beamter Dienst versieht, geradezu eine Selbstverständlichkeit und demnach kein ins Gewicht fallender weiterer Milderungsgrund.

Dem Berufungsvorbringen Z***** zuwider ist in der Unterbreitung des Vorschlags an T***** , er könne - gegen Leistung von Geldbeträgen an Z***** und K***** - sich durch die diesem Strafverfahren zugrundeliegenden Taten Geld ersparen, sehr wohl eine Bestimmung T***** zu einem strafbedrohten Verhalten durch Z***** zu erblicken, weil das inkriminierte Verhalten T***** durch Z***** initiiert wurde (vgl. Leukauf-Steininger, Komm.2, RN 19 zu § 12, RN 10 zu § 33).

Da der Angeklagte K***** die eine ordnungsgemäße Eingangsabfertigung vortäuschenden Stampiglien des Zollamtes F***** auf den Frachtbriefen anbrachte, war er keineswegs in nur untergeordneter Weise an den inkriminierten Tätigkeiten beteiligt; ohne diesen Tatbeitrag wäre nämlich eine Tatvollendung nicht möglich gewesen.

K***** war an allen sechs Schmuggeltaten involviert; mit Recht wurde ihm daher auch eine höhere Wertersatzstrafe auferlegt, als dem an nur fünf Taten beteiligt gewesenen Z*****.

Da Grundlage für die Strafbemessung stets die Schuld des Täters ist, diese aber bei den beiden Beamten Z***** und K***** ungefähr gleich wiegt, wurden über sie zutreffend auch gleich hohe Freiheits- und Geldstrafen ausgesprochen. Diese sind bei Bedacht auf die eingangs erwähnten gesetzlichen Strafdrohungen, die sich beim Verbrechen des Mißbrauchs der Amtsgewalt auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren und beim Finanzvergehen des Schmuggels bis zum Vierfachen des (mit 219.120 S festgestellten) strafbestimmenden Wertbetrags erstrecken, keineswegs überhöht.

Die verhängten Wertersatzstrafen hinwieder entsprechen den Bestimmungen des § 19 Abs. 3, Abs. 4 und Abs. 6 FinStrG; da nach Lage des Falls die Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 FinStrG nicht vorliegen und solches auch gar nicht behauptet wurde, besteht zu einer Veränderung auch dieser Strafen kein Anlaß.

Der vom Angeklagten K***** beehrten - allenfalls

teilweise - bedingten Nachsicht der Geldstrafen stehen die in § 43 Abs. 1 StGB normierten Grundsätze entgegen. Die Erzielung der spezialpräventiv erforderlichen Effektivität der Strafe kann nur durch die gänzliche Bezahlung der Geldstrafen erzielt werden; darüber hinaus verbieten Belange der Generalprävention dieses vom Berufungswerber K***** angestrebte Ziel.

Es war daher insgesamt spruchgemäß zu entscheiden.