

# TE OGH 1992/11/3 110s108/92

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.11.1992

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 3. November 1992 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta, Dr. Rzeszut, Dr. Hager und Dr. Schindler als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Schneider als Schriftführerin in der Strafsache gegen Arif Ö\*\*\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens nach den § 12 Abs 1, 2 und 3 Z 1 und 3 und § 15 StGB sowie anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufungen der Angeklagten Arif Ö\*\*\*\*\*, Hüsünü S\*\*\*\*\* und Stefanos D\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Schöffengericht vom 21. Februar 1992, GZ 34 b Vr 1281/91-207b, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, des Generalanwaltes Dr. Fabrily, der Angeklagten Arif Ö\*\*\*\*\*, Hüsünü S\*\*\*\*\*, Stefanos D\*\*\*\*\* sowie der Verteidiger Dr. Schulz, Dr. Schäfer und Dr. Moringner zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Der Berufung des Angeklagten Stefanos D\*\*\*\*\* wird nicht Folge gegeben.

Den Berufungen der Angeklagten Arif Ö\*\*\*\*\* und Hüsünü S\*\*\*\*\* wird dahin Folge gegeben, daß die über sie verhängten Freiheitsstrafen auf je sieben Jahre herabgesetzt werden.

Im übrigen wird den Berufungen der Angeklagten Arif Ö\*\*\*\*\* und Hüsünü S\*\*\*\*\* nicht Folge gegeben.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 20. April 1949 geborene türkische Staatsangehörige Arif Ö\*\*\*\*\*, der am 3. März 1951 geborene türkische Staatsangehörige Hüsünü S\*\*\*\*\* und der am 28. Jänner 1961 geborene griechische Staatsangehörige Stefanos D\*\*\*\*\* des Verbrechens nach dem § 12 Abs 1 (2., 3. und 4. Fall), Abs 2 (1. und 2. Fall), Abs 3 Z 3 SGG, Stefanos D\*\*\*\*\* auch nach Abs 3 Z 1 SGG, und 15 StGB sowie des Finanzvergehens des gewerbs- und bandenmäßigen Schmuggels nach den §§ 35 Abs 1, 38 Abs 1 lit a und b FinStrG schuldig erkannt.

Darnach haben sie am 5. und 6. Juli 1991 gewerbsmäßig als Mitglieder einer Bande im gemeinsamen Zusammenwirken dadurch, daß sie 4.890 Gramm Heroin aus den Niederlanden über die Bundesrepublik Deutschland nach Österreich einfuhrten und davon in Linz ca 2 kg - so das Urteil - zum Verkauf an einen verdeckten Fahnder übergaben,

1./ den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgif in einer großen Menge, die mehr als das Fünfundzwanzigfache der im § 12 Abs 1 SGG angeführten ausmacht, ausgeführt, eingeführt und teilweise in Verkehr zu setzen versucht, wobei Stefanos D\*\*\*\*\* einmal wegen einer im § 12 Abs 1 SGG bezeichneten strafbaren Handlung verurteilt worden ist;

2./ durch die zu 1./ genannte Einfuhr von Suchtgiften eingangsabgabenpflichtige Waren vorsätzlich unter Verletzung der zollrechtlichen Stellungs- und Erklärungspflicht dem Zollverfahren entzogen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dieses Urteil bekämpfen die erwähnten Angeklagten jeweils mit Nichtigkeitsbeschwerde, die von Arif Ö\*\*\*\*\* auf die Nichtigkeitsgründe der Z 5, 5 a und 9 lit a (der Sache nach auch Z 9 lit b), von Hüsni S\*\*\*\*\* auf die Nichtigkeitsgründe der Z 5 und 5 a sowie von Stefanos D\*\*\*\*\* auf die Nichtigkeitsgründe der Z 4, 5, 5 a, 10 und 11 des § 281 Abs 1 StPO gestützt wird, wobei der letztgenannte Angeklagte nur die Qualifikationen der Gewerbsmäßigkeit und der Tatbegehung als Mitglied einer Bande anführt.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Arif Ö\*\*\*\*\*:

Mit seiner Mängelrüge (Z 5), zum Teil auch unter Anführung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO, behauptet der Beschwerdeführer, die Urteilsfeststellungen zur Tatbegehung als Mitglied einer Bande und zur Gewerbsmäßigkeit seines Handelns seien mangelhaft begründet. Hierbei verkennt er das Wesen der freien Beweiswürdigung im Sinn des § 285 Abs 2 StPO, welche die Tatrichter nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, Beweisergebnisse in ihrem Zusammenhang zu würdigen, durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen zu ergänzen und ihre Überzeugung frei von jeder Beweisregel auf in diesen Prämissen wurzelnde denkrichtige Schlüsse zu stützen (siehe 12 Os 161/89; Mayerhofer-Rieder, StPO3, § 258 ENr 26 und 30). Eine Auswertung der Beweisergebnisse auf solche Weise ist vor allem dann von besonderer Bedeutung, wenn Indizien durch Aussagen nicht gedeckt sind, wie dies bei organisierter Kriminalität oftmals der Fall ist. In diesem Sinn hat das Erstgericht die vorliegenden Beweise (vgl. insbesondere US 9 ff) für die Bejahung der erwähnten Qualifikationen als ausreichend erachtet und sich mit dem Beweismaterial hinlänglich auseinandergesetzt, sodaß es seiner Begründungspflicht voll nachkam. Mit den Denkgesetzen unvereinbare Schlüsse, die allein den behaupteten formellen Nichtigkeitsgrund herstellen können (siehe wiederum 12 Os 161/89; weiters Mayerhofer-Rieder, StPO3, § 281 Z 5 StPO ENr 144 bis 147), zeigt der Beschwerdeführer nicht auf. Er erschöpft sich vielmehr der Sache nach in einer Bekämpfung der Beweiswürdigung des Schöffengerichtes nach Art einer Schuldberufung, die gegen Urteile von Kollegialgerichten nicht zulässig ist.

Mit seiner Tatsachenrüge (Z 5 a) vermag der Beschwerdeführer keine erheblichen, sich aus den Akten ergebenden Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen darzutun. Solche Bedenken sind aus den Akten auch nicht abzuleiten. Der Umstand, daß aufgrund der Beweise auch für den Beschwerdeführer günstigere Schlüsse hätten gezogen werden können, ist nicht geeignet, jene erheblichen Bedenken zu erwecken, auf die der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund abstellt.

In seiner - zum Teil auch - im Rahmen der Tatsachenrüge ausgeführten Rechtsrüge (Z 9 lit a) behauptet der Angeklagte Ö\*\*\*\*\* die Straflosigkeit seines Verhaltens bzw. das Vorliegen von Feststellungsmängeln. Es trifft zwar zu, daß das bloße Mitfahren bei einem Suchtgiftransport in der Regel noch keine physische oder psychische Förderung der Straftat darstellt (siehe JBl 1988, 55), doch läßt der Beschwerdeführer jene Urteilsfeststellungen (über seine unmittelbare Täterschaft) außer Acht, wonach er und Hüsni S\*\*\*\*\* in Bayern einen BMW 2002, in welchem sich ca 5 kg Heroin befanden, plangemäß "übernahmen", nach Österreich brachten und sich darüber hinaus auch noch am Versuch des teilweisen Inverkehrsetzens von etwa 2 kg Heroins beteiligten (US 7, 8). Er weicht also mit seinem Vorbringen, daß das Tatgeschehen ohne sein Zutun und ohne seine Beeinflussung abgelaufen sei, vom festgestellten Urteilssachverhalt ab, sodaß sich seine Rüge insoweit als nicht dem Gesetz gemäß ausgeführt erweist. Daß er den Pkw - vom Schöffengericht unerörtert - während des bandenmäßig organisierten Suchtgiftransportes aus der Bundesrepublik Deutschland nach Österreich im wesentlichen beim Grenzübertritt kurzfristig, somit nur während einer Teilphase der Tausführung, verlassen haben will, ist - entgegen der Beschwerde - für seine Haftung als Mittäter ohne Relevanz.

In Anrufung des Nichtigkeitsgrundes der Z 9 lit a (der Sache nach Z 9 lit b) des § 281 Abs 1 StPO macht der Beschwerdeführer auch geltend, es mangle an Feststellungen zu seiner Zurechnungsfähigkeit. Er läßt außer Acht, daß das Strafgesetzbuch grundsätzlich von der Schuldfähigkeit des Täters ausgeht und Zurechnungsunfähigkeit als Ausnahme hiervon nur aus den im § 11 StGB aufgezählten Gründen gelten läßt (vgl Kienapfel, AT4 Z 14 RN 6; Rittler, Strafrecht I2, 168 ff). Durch die Unterlassung von Feststellungen zur Zurechnungsfähigkeit brachte das Erstgericht daher zweifelsfrei zum Ausdruck, daß es die Schuldfähigkeit des Angeklagten Ö\*\*\*\*\* als gegeben erachtet. Die Ergebnisse des Beweisverfahrens erforderten auch keine Auseinandersetzung mit dieser Frage im Urteil, weil das

neurologisch-psychiatrische Gutachten des Sachverständigen Dr. Herbert Schmidbauer die Zurechnungsfähigkeit des Beschwerdeführers eindeutig bejaht (siehe Gerichtsakt Band III/S 119 ff). Diesem Gutachten ist - entgegen der Beschwerde - auch eine ausreichende Leistungsfähigkeit des seine "Arbeitsunfähigkeit" behauptenden Angeklagten Ö\*\*\*\*\* zu entnehmen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Hüsni S\*\*\*\*\*:

Mit seiner Mängelrüge (Z 5) macht dieser Beschwerdeführer gleichfalls die mangelhafte Begründung der Urteilsfeststellungen über seine Tatbegehung als Mitglied einer Bande und über die Gewerbsmäßigkeit seines Handelns geltend, indem er die Beweisergebnisse als für diese Feststellungen nicht ausreichend bezeichnet. Denkgesetzwidrige Schlüsse, die allein den behaupteten Nichtigkeitsgrund herstellen könnten (siehe wiederum 12 OS 161/89; weiters Mayerhofer-Rieder, StPO3, § 281 Z 5 ENr 144 bis 147), vermag er jedoch nicht aufzuzeigen. Er kann daher auf die Ausführungen zur Mängelrüge des Angeklagten Ö\*\*\*\*\* verwiesen werden. Daß die Tatrichter auf die "widersprüchlichen Verantwortungen" der einzelnen Angeklagten nicht eingegangen seien, ist nicht aktengetreu (vgl. demgegenüber US 9, 10).

Mit seiner Tatsachenrüge (Z 5 a) sucht der Angeklagte S\*\*\*\*\* gleichfalls die Urteilsfeststellungen über seine Tatbegehung als Mitglied einer Bande und über die Gewerbsmäßigkeit zu bekämpfen. Erhebliche, sich aus den Akten ergebende Bedenken gegen die Richtigkeit dieser Feststellungen vermag aber auch er nicht aufzuzeigen. Soweit er darlegt, auf Ersuchen des Angeklagten D\*\*\*\*\* bloß als Fahrer tätig gewesen zu sein und vom Transport von Heroin nichts gewußt zu haben, erschöpft sich seine Beschwerde in einer Bekämpfung der Beweiswürdigung des Schöffengerichtes nach Art einer im Schöffverfahren unzulässigen Schuldberufung.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Stefanos D\*\*\*\*\*:

Mit seiner Verfahrensrüge (Z 4) beschwert sich der Angeklagte D\*\*\*\*\* über die Abweisung seines in der Hauptverhandlung gestellten Antrages auf Vernehmung des Dragotin F\*\*\*\*\* zum Beweis dafür, daß er lediglich auftragsgemäß als Dolmetsch eingeschritten sei und damit bloß einen sonstigen Tatbeitrag im Sinn des § 12 dritter Fall StGB geleistet habe (siehe Gerichtsakt Band III/193 y verso). Soweit er damit die bekämpfte Qualifikation der bandenmäßigen Tatbegehung in Frage stellen will, fehlt es schon an der Beschwer, weil die Zugehörigkeit zu einer Bande auch dann qualifizierend ist, wenn ein Bandenmitglied nicht als unmittelbarer Täter, sondern bloß als ein in anderer Weise Beteiligter tätig wird (EvBl 1970/371; Foregger-Litzka, SGG2, § 12 Anm VII). Im übrigen gestand der Beschwerdeführer sowohl im Vorverfahren als auch in der Hauptverhandlung (vgl. US 10) Tätigkeiten zu, die über Dolmetscherdienste weit hinausgehen; er hätte daher zur Begründung seines Beweisantrages anführen müssen, aus welchen Gründen erwartet werden könne, daß der beantragte Zeuge Angaben machen werde, die ihn weniger belasten als seine eigene Verantwortung (vgl. Mayerhofer-Rieder, StPO3, § 281 Z 4 ENr 19).

Mit seiner Mängelrüge (Z 5) macht der Angeklagte D\*\*\*\*\* das Fehlen ausreichender Beweise für die Qualifikationen der bandenmäßigen und gewerbsmäßigen Tatbegehung sowie die mangelhafte Begründung der diesbezüglichen Urteilsfeststellungen geltend. Soweit er sich der gleichen Argumentation wie seine Mitangeklagten bedient, wird auf die bisherigen Ausführungen verwiesen. Zur Rüge der mangelnden Auseinandersetzung des Erstgerichtes mit den Verantwortungen der Angeklagten gilt das zum analogen Vorbringen des Angeklagten S\*\*\*\*\* Gesagte. Insofern er auf den Mangel an Beweisergebnisse für ein Zusammenwirken mit seinen beiden Mitangeklagten bei früheren Taten hinweist, übersieht er, daß das Erstgericht solche Feststellungen gar nicht getroffen hat. Entgegen seiner Ansicht stehen auch die Urteilsfeststellungen zur Anwerbung der Beteiligten für den Herointransport nicht im Widerspruch zur Feststellung der Tatbegehung als Mitglied einer Bande. Das Bestehen einer Bande setzt nämlich nicht einen besonderen Organisationsgrad voraus (siehe ÖJZ-LSK 1978/301), sodaß es keiner vorgeplanten Rollenverteilung unter den Mitgliedern bedarf (siehe Steininger im WK, § 278 Rz 3). Da das verbrecherische Ziel der Bande bloß auf die fortgesetzte Begehung einer Mehrzahl gleichartiger, im einzelnen noch unbestimmter Straftaten gerichtet sein muß (siehe wiederum ÖJZ-LSK 1978/302), steht die Rollenverteilung zwischen Bandenmitgliedern für die Ausführung einer bestimmten Einzeltat wie auch das Zusammenfinden zu einer Bande erst anlässlich der Organisation einer bestimmten Straftat mit der Feststellung bandenmäßiger Begehung nicht im Widerspruch.

Der Tatsachenrüge (Z 5 a) zuwider ergeben sich aus den Akten auch keine erheblichen Bedenken gegen die Richtigkeit der den Qualifikationen der bandenmäßigen und gewerbsmäßigen Tatbegehung zugrunde liegenden Tatsachenfeststellungen. Aus dem Umstand, daß kein Hinweis auf eine Beteiligung der Mitangeklagten am "Probekauf"

("Vertrauenskauf"; vgl. US 5) von Heroin in Brüssel vorliegt, läßt sich für den Beschwerdeführer nichts gewinnen, zumal diese Tat auch gar nicht Gegenstand der Anklage war.

Die das Fehlen jeglicher Feststellungen zur Qualifikation der Tatbegehung als Mitglied einer Bande behauptende Subsumtionsrüge (Z 10) vernachlässigt die gegenteiligen Urteilsfeststellungen (US 5 f). Die Rüge entbehrt daher einer dem Gesetz entsprechenden Darstellung. Soweit der Nichtigkeitswerber vorbringt, daß eine Vorverurteilung durch ein ausländisches Gericht die Qualifikation nach § 12 Abs 3 Z 1 SGG nicht erfülle, übersieht er die Regelung des § 73 StGB, welche ausländische Verurteilungen inländischen unter den dort genannten Bedingungen gleichstellt. Die Verurteilung durch das Landgericht Mannheim vom 5. August 1986, auf die das Erstgericht die Annahme der erwähnten Qualifikation stützt, entspricht diesen Voraussetzungen. Insofern der Angeklagte D\*\*\*\*\* die Unterlassung der Feststellung des Zeitpunktes der Begehung des vom Landgericht Mannheim abgeurteilten Suchtgifthandels rügt, läßt er außer Acht, daß § 12 Abs 3 Z 1 SGG bloß auf die Verurteilung wegen einer im § 12 Abs 1 SGG bezeichneten strafbaren Handlung abstellt. Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, daß die von der Vorverurteilung umfaßte Tat dem Tatbild des § 12 Abs 1 SGG in der geltenden Fassung entsprechen muß. Diese Voraussetzung hat das Erstgericht zu Recht bejaht (vgl. S 85 ff/II). Ob die Vortat dem Tatbild des § 12 Abs 1 SGG in der Fassung zur Zeit ihrer Begehung entsprochen habe, ist somit nicht von Bedeutung, sodaß es zur rechtsrichtigen Anwendung der erwähnten Strafbestimmung nicht der Feststellung des Zeitpunktes der Begehung der Vortat bedarf.

Mit seiner Strafzumessungsrüge (Z 11) wendet sich der Angeklagte D\*\*\*\*\* gegen die Höhe der über ihn verhängten Freiheitsstrafe. Entgegen seiner Behauptung hat das Erstgericht den Umstand, daß er an der Tat führend beteiligt gewesen wäre, nicht als erschwerend angenommen. Mit seinem Vorbringen, das Schöffengericht habe bei Bewertung der Vorstrafen außer Acht gelassen, daß er auch bei seiner Vorverurteilung durch das Landgericht Mannheim "Opfer" eines verdeckten Ermittlers gewesen sei, rügt er der Sache nach bloß den Ermessensgebrauch durch das Erstgericht, welcher aber der Anfechtung mit Berufung unterliegt. Somit wurde der zitierte materielle Nichtigkeitsgrund, der in jedem Fall in einer fehlerhaften Rechtsanwendung bei Entscheidung der Straffrage bestehen muß, nicht zur Darstellung gebracht.

Die zur Gänze unbegründeten Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten waren daher zu verwerfen.

Das Schöffengericht verhängte über die Angeklagten nach dem dritten Absatz des § 12 SGG Freiheitsstrafen, und zwar über Stefanos D\*\*\*\*\* in der Dauer von zehn Jahren, über Hüsnü S\*\*\*\*\* und Arif Ö\*\*\*\*\* in der Dauer von je acht Jahren, sowie nach dem § 38 FinStrG Geldstrafen in der Höhe von je 1.000.000 S, für den Fall deren Uneinbringlichkeit Ersatzfreiheitsstrafen in der Dauer von je fünf Monaten. Ferner zog es nach dem § 13 Abs 1 SGG das bei dem Angeklagten sichergestellte Suchtgift ein.

Bei der Strafbemessung sah es das "enorme", selbst die Übermenge des § 12 Abs 3 Z 3 SGG um ein Vielfaches übersteigende Quantum des geschmuggelten Suchtgifts, beim Angeklagten D\*\*\*\*\* auch die einschlägigen Vorstrafen als erschwerend an. Als mildernd berücksichtigte es demgegenüber das (teilweise) Geständnis des D\*\*\*\*\* sowie die Unbescholtenheit des Ö\*\*\*\*\*.

Mit ihren Berufungen streben die Angeklagten eine Strafmilderung an, und zwar Stefanos D\*\*\*\*\* durch Herabsetzung der Freiheitsstrafe "auf ein fünf Jahre nicht übersteigendes Ausmaß", Hüsnü S\*\*\*\*\* durch "Herabsetzung der Strafe" und Arif Ö\*\*\*\*\* durch Herabsetzung "der Freiheitsstrafen" sowie Anwendung des § 43 StGB bzw. des § 26 FinStrG.

Nur die Berufungen der Angeklagten Ö\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* erweisen sich teilweise als berechtigt.

Diese beiden Angeklagten manipulierten zwar gleichfalls mit der verfahrensgegenständlichen Suchtgiftmenge bzw. beteiligten sich an den entsprechenden Manipulationen, können jedoch für sich ins Treffen führen, daß sie nach den vorliegenden Unterlagen nicht einschlägig vorbestraft bzw. unbescholten sind. Nur bei diesen beiden Angeklagten erschien daher eine geringfügige Herabsetzung der nach dem Suchtgiftgesetz in erster Instanz verhängten Freiheitsstrafen angebracht. Im übrigen entspricht die Strenge - auch der nach dem Finanzstrafgesetz gefundenen - Sanktionen dem Unrechtsgehalt der Verfehlungen sowie dem Verschuldensgrad der Angeklagten und nimmt auch auf die bei Delikten gegen die Volksgesundheit mit in Betracht zu ziehenden Belange der Generalprävention gebührend Bedacht.

Von einer im Rahmen der Berufung des Arif Ö\*\*\*\*\* behaupteten gesetzwidrigen Strafzumessung kann keine Rede sein:

Die Heranziehung der Übermenge des § 12 Abs 3 Z 3 SGG als Erschwerungsgrund stellt keinen Verstoß gegen das der Sache nach geltend gemachte Doppelverwertungsverbot des § 32 Abs 2 StGB dar, weil das Rechtsmittel in dem Zusammenhang unberücksichtigt läßt, daß das Heroinquantum - wie bereits erwähnt - die qualifikationsbegründende Suchtgiftmenge um ein Vielfaches übersteigt.

Eine bedingte Strafnachsicht (§ 43 StGB bzw. § 26 FinStrG), soweit sie im Hinblick auf die Strafhöhe überhaupt in Betracht gezogen werden konnte, war im Hinblick auf die Schwere der dem internationalen Suchtgifthandel zuzuordnenden Taten schon aus generalpräventiven Gründen nicht vertretbar.

Es war daher spruchgemäß zu erkennen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

**Anmerkung**

E30886

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1992:0110OS00108.9200014.1103.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19921103\_OGH0002\_0110OS00108\_9200014\_000

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

© 2024 JUSLINE

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

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