jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1991/10/29 11Os101/91

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 29.10.1991

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 29.Oktober 1991 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta, Dr. Horak, Dr. Felzmann und Dr. Rzeszut als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Hofbauer als Schriftführerin in der Strafsache gegen Irma M***** und Bernhard Karl W***** wegen des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 (2., 3. und 4.Fall) und Abs. 2 (1. und 3.Fall) SGG, teils als Beteiligte nach dem § 12 StGB, und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Schöffengericht vom 8. März 1991, GZ 34 b Vr 2341/90-36, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, des Generalanwaltes Dr. Fabrizy, und des Verteidigers Dr. Mairhofer, jedoch in Abwesenheit der Angeklagten zu Recht erkannt:

Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Urteil im Freispruch der Angeklagten Irma M***** und Bernhard Karl W***** vom Anklagevorwurf des in Tateinheit mit dem zu den Punkten 1.1.2. bis 1.1.8. des Schuldspruchs abgehandelten Verbrechen nach dem § 12 SGG begangenen Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a und 11 FinStrG, ferner gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO im zum Punkt 1.1. des Schuldspruchs stattgefundenen Ausspruch der gewerbsmäßigen Tatbegehung und daher auch in der rechtlichen Unterstellung der dort angeführten Taten unter die Bestimmung des § 12 Abs. 2, erster und dritter Fall, SGG, weiters in der rechtlichen Unterstellung der in den Punkten 1.1.1. bis 1.1.5. des Schuldspruchs beschriebenen Taten auch unter die Bestimmung des § 12 Abs. 1 SGG und demgemäß in den Strafaussprüchen aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft verworfen. Mit ihrer Berufung wird die Anklagebehörde auf diese Entscheidung verwiesen.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden Irma M***** und Bernhard Karl W***** des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 (2., 3. und 4.Fall), Abs. 2 (1. und 3.Fall) SGG, zum Teil als Beteiligte nach dem § 12 (2. und 3.Fall) StGB, sowie des Vergehens nach dem § 16 Abs. 1 (4. und 5.Fall) SGG schuldig erkannt.

Darnach haben sie

zu 1.1. den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift, nämlich Kokain, in einer großen Menge gewerbsmäßig ausgeführt, eingeführt, zur Ausfuhr bzw Einfuhr beigetragen und anderen überlassen, wobei sie selbst dem Mißbrauch dieses Suchtgiftes ergeben waren und die Taten ausschließlich deshalb begangen haben, um sich Kokain für den

eigenen Gebrauch oder die Mittel zu dessen Erwerb zu verschaffen, indem

1.1.1. Irma M***** und Bernhard Karl W***** im Zeitraum zwischen Sommer 1988 und September 1990 in etwa 10 Fahrten ca 10 g Kokain aus den Niederlanden ausführten und in die Bundesrepublik Deutschland einführten;

1.1.2. Irma M***** und Bernhard Karl W***** im Herbst 1989 ca 10 g Kokain aus den Niederlanden ausführten und über die Bundesrepublik Deutschland nach Österreich einführten;

1.1.3. Irma M***** im Februar 1990 ca 10 g Kokain aus den Niederlanden ausführte und über die Bundesrepublik Deutschland nach Österreich einführte und hievon 5 g Bernhard W***** überließ;

1.1.4. Irma M***** im September 1990 ca 15 g Kokain aus den Niederlanden über die Bundesrepublik Deutschland nach Österreich einführte, wobei sie zu dieser Tat von Bernhard W***** bestimmt wurde und dieser Angeklagte hiezu beitrug, indem er sie mit einem PKW zum niederländischen Bahnhof Arnheim brachte;

1.1.5. Irma M***** und Bernhard Karl W***** im September 1989 in Amsterdam dem niederländischen Suchtgifthändler Serge R***** auftrugen, ca 20 g Kokain in 4 Briefkuverts auf dem Postweg an eine Scheinadresse in Linz zu senden, oder (gemeint wohl: wobei das) Suchtgift von dem gesondert verfolgten Briefzusteller Manfred G***** abgefangen werden sollte und auch teilweise abgefangen wurde;

1.1.6. Irma M***** und Bernhard Karl W***** im Oktober 1989 in Linz den niederländischen Staatsangehörigen Jan van der M***** telefonisch dazu bestimmten, 200 g Kokain aus den Niederlanden über die Bundesrepublik Deutschland nach Österreich einzuführen, wobei sie von diesem in der Folge tatsächlich geschmuggelten Suchtgift 140 g durch Verkäufe an Manfred G*****, Mag. Edda S***** und Richard W***** sowie weitere 35 g an andere Abnehmer in Verkehr setzten;

1.1.7. Irma M***** im März 1990 in Linz Mag. Edda S***** die Telefonnummer der niederländischen Suchtgifthändler Jan van der M***** und Serge R***** zur Bestellung von Kokain bekanntgab und van der M***** und Rodegari*****ALLOT*****chäffl********** im November 1990 darüberhinaus 0,8 g Haschisch für den Eigenverbrauch erworben und besessen.

Sie wurden hiefür nach dem § 12 Abs. 1 SGG unter Anwendung des§ 28 Abs. 1 StGB zu jeweils bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafen, Bernhard W***** darüberhinaus gemäß dem § 13 Abs. 2 SGG zu einer Wertersatzstrafe verurteilt.

Von der weiteren Anklage, sie hätten durch die zu 1.1. angeführten Tathandlungen gewerbsmäßig eingangsabgabenpflichtige Waren, nämlich Kokain, vorsätzlich unter Verletzung der zollrechtlichen Stellungs- und Erklärungspflicht dem Zollverfahren entzogen bzw hiezu beigetragen und dadurch das Finanzvergehen des gewerbsmäßigen Schmuggels nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a FinStrG, zum Teil als Beteiligte nach dem § 11 FinStrG, begangen, wurden sie gemäß dem § 259 Z 3 StPO freigesprochen.

Das Schöffengericht begründete diesen Freispruch damit, daß den Angeklagten die Privilegierung nach dem § 24 a SGG zukomme.

Die von der Staatsanwaltschaft gegen diesen - im übrigen formal überflüssigen (siehe Leukauf-Steininger, Nebengesetze2,

2. Ergänzungsheft 1985, 77; Mayerhofer-Rieder, StPO3, ENr 61 zu§ 259 StPO; 13 Os 54/88 ua) - Freispruch aus den Nichtigkeitsgründen der Z 9 a und 9 b (der Sache nach Z 10 - siehe 12 Os 18/86) des § 281 Abs. 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist teilweise begründet:

Rechtliche Beurteilung

Nach dem § 12 Abs. 1, erster Satz, SGG ist vom Gericht mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren zu bestrafen, wer den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift in einer großen Menge erzeugt, einführt, ausführt oder in Verkehr setzt. § 12 Abs. 2, erster Satz, SGG sieht eine Bestrafung desjenigen mit Freiheitsstrafe von einem bis zu zehn Jahren vor, der die im Abs. 1 bezeichnete Tat gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande begeht. Nach dem zweiten Satz des § 12 Abs. 2 SGG ist jedoch derjenige, welcher selbst dem Mißbrauch eines Suchtgiftes ergeben ist und die Tat ausschließlich deshalb begeht, um sich für den eigenen Gebrauch Suchtgift oder die Mittel zu dessen Erwerb zu verschaffen, nur nach dem Abs. 1 zu bestrafen. § 12 Abs. 2, zweiter Satz, SGG privilegiert somit unter den genannten Bedingungen den Täter, der eine der Qualifikationen des ersten Satzes erfüllt; die Besserstellung besteht darin, daß trotz Vorliegens der objektiven und subjektiven Voraussetzungen für die erhöhte Strafbarkeit die Tat nur nach § 12 Abs. 1 SGG zu bestrafen

ist. Dadurch wird aber nicht die rechtliche Unterstellung des Verhaltens des Rechtsbrechers unter § 12 Abs. 2 SGG aufgehoben (vgl die Rechtsprechung zu der vergleichbaren Bestimmung des § 9 Abs. 2 MilStG, insbesondere 9 Os 108/76 = ÖJZ-LSK 1976/308). Das Erstgericht hat daher auch die Angeklagten zu 1.1. des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 (2., 3. und 4.Fall) und Abs. 2 (1. und 3.Fall) SGG, schuldig erkannt und die Freiheitsstrafe nach dem § 12 Abs. 1 SGG bemessen.

Gemäß dem § 24 a SGG entfällt mit dem Schuldspruch oder mit der vorläufigen Zurücklegung der Anzeige oder mit der vorläufigen Verfahrenseinstellung nach den §§ 17 und 19 SGG die Strafbarkeit wegen des Finanzvergehens, wenn der Täter durch dieselbe Tat eine gerichtlich strafbare Handlung nach den §§ 12 Abs. 1, 14 a oder 16 des genannten Gesetzes und ein Finanzvergehen begangen hat. Nach dem Wortlaut dieser Regelung entfällt die Strafbarkeit des (gerichtlich oder verwaltungsbehördlich zu ahndenden) Finanzvergehens somit nur bei eintätigem Zusammentreffen mit einem der genannten Suchtgiftdelikte; bei Vorliegen einer der Qualifikationen nach dem § 12 Abs. 2 bis 4 SGG bleibt die bestehende Strafenkumulation nach dem Suchtgiftgesetz und dem Finanzstrafgesetz hingegen aufrecht (siehe 586 BlgNR XVI. GP, 7; Foregger-Litzka, Erl I zu § 24 a SGG; Kodek, Suchtgiftgesetz, 44, 100; Leukauf-Steininger, Nebengesetze2, 2.Ergänzungsheft 1985, 76).

Die Privilegierung nach dem zweiten Satz des § 12 Abs. 2 SGG hebt somit die rechtliche Unterstellung der Tat unter diese Gesetzesstelle nicht auf, zumal die Anwendung des Strafsatzes des § 12 Abs. 1 SGG die Tat noch nicht zu einer (bloß) nach dieser Gesetzesstelle zu beurteilenden macht. Die Strafbarkeit eines eintätig zusammentreffenden Finanzvergehens wird in einem solchen Fall daher nicht gemäß dem § 24 a SGG aufgehoben. Der Gesetzgeber trägt mit der milderen Unrechtsfolge des § 12 Abs. 1 SGG lediglich der eigenen Süchtigkeit des Täters Rechnung, auf die eminente Gefährlichkeit und Sozialschädlichkeit der an sich für die Qualifikation der Tat nach dem § 12 Abs. 2, erster Satz, SGG maßgebenden gewerbs- oder bandenmäßigen Begehung bleibt die Suchtgiftergebenheit des Täters jedoch ohne Einfluß.

Das Erstgericht ist daher durch unrichtige Gesetzesauslegung zu einem Freispruch vom Anklagevorwurf des Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels gelangt. Dessen ungeachtet erweist sich die Nichtbeurteilung der im Punkt 1.1.1. des Schuldspruchs beschriebenen Tathandlungen der Angeklagten (auch) als Finanzvergehen nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a FinStrG der Sache nach schon deswegen als richtig, weil durch eine Ausfuhr aus den Niederlanden und eine Einfuhr in die Bundesrepublik Deutschland die österreichische Zollhoheit gar nicht verletzt wurde und überdies kein inländischer Tatort gegeben ist (§ 5 Abs. 1 FinStrG). Diese Tat kann daher unter keinen Umständen als Finanzvergehen strafbar sein, sodaß der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft in diesem Umfang keine Berechtigung zukommt.

Im übrigen ist eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in der Sache nicht möglich, weil hinlängliche Feststellungen zur subjektiven Tatseite fehlen, die eine abschließende Beurteilung der Strafbarkeit wegen Finanzvergehens, aber auch wegen des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 und 2 SGG zuließen.

Für ein allfälliges Finanzvergehen mangelt es überhaupt an entsprechenden Feststellungen.

Das Urteil des Schöffengerichtes läßt aber auch ausreichende Feststellungen zur Frage der Gewerbsmäßigkeit vermissen. Die Ausführung im Rahmen der Beweiswürdigung, es sei im Zweifel davon auszugehen gewesen, daß sowohl Irma M***** als auch Bernhard W***** dem Mißbrauch von Kokain ergeben waren und die, wenngleich mit Preisaufschlag vorgenommenen, Suchtgiftverkäufe in der ausschließlichen Absicht begingen, sich den eigenen Drogenbedarf oder die Mittel zu dessen Erwerb zu verschaffen (US 10), reichen für die Annahme der Qualifikation nach dem § 12 Abs. 2, erster Fall, SGG nicht aus. Die Legaldefinition des § 70 StGB fordert nämlich für die gewerbsmäßige Begehung die Absicht des Täters, sich durch die wiederkehrende Begehung der strafbaren Handlung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Das Erstgericht hat sich mit diesen Erfordernissen überhaupt nicht auseinandergesetzt. Lägen sie nicht vor, so käme eine Anwendung des § 12 Abs. 2, erster Fall und zweiter Satz, SGG nicht in Betracht; daraus folgt, daß dann die Strafbarkeit des eintätig zusammentreffenden Finanzvergehens gemäß dem § 24 a SGG aufgehoben wäre.

Da die Bestimmung des § 24 a SGG die Aufhebung der Strafbarkeit einer Tat als Finanzvergehen vorsieht, wäre im gegebenen Fall das Vorliegen der Voraussetzungen der Strafaufhebung zu jedem Faktum gesondert zu prüfen gewesen. Die Bejahung der - noch näher zu erörternden - Frage einer Handlungseinheit, welche die Addition der von den einzelnen Tathandlungen umfaßten Suchtgiftmengen zur Unterstellung unter das Tatbild des § 12 Abs. 1 SGG

ermöglicht (siehe Evbl 1980/20), erübrigte nicht die - jedenfalls im Hinblick auf § 24 a SGG erforderliche - Feststellung, welche Einzelhandlungen in der Absicht verübt wurden, sich durch wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Die auf gewerbsmäßige Begehung gerichtete Absicht muß sich nicht von vornherein zwangsläufig auf alle Einzelakte erstrecken, die im Rahmen einer bewußt kontinuierlichen Begehung der strafbaren Handlung begangen wurden. Dies wäre bei der wiederholten unerlaubten Einfuhr von Suchtgift insbesondere dann der Fall, wenn Importe zunächst nur zur Abdeckung des Eigenbedarfs (vgl S 345) vorgenommen werden, der auf Gewinnung einer fortlaufenden Einnahme gerichtete Vorsatz aber erst im Verlauf der fortgesetzten deliktischen Tätigkeit gefaßt wird. Gewerbsmäßigkeit setzt nämlich die manifeste Absicht des Täters voraus, durch öftere Wiederholung der Tat entweder eine regelmäßige oder aber doch für längere Zeit wirkende Einnahmsquelle in der Bedeutung eines wiederkehrenden Mittelzuflusses zu erschließen (siehe SSt 46/52 uva). Die Qualifikation nach dem § 12 Abs. 2, erster Fall, SGG kann daher nur dann vorliegen, wenn die jeweilige Absicht des Täters auch die weitere (Einnahmen bringende) Verwertung des Suchtgiftes umfaßt hat (vgl 10 Os 9/85).

Dem Urteil des Erstgerichtes mangelt es aber nicht nur an den erforderlichen Feststellungen zur gewerbsmäßigen Tatbegehung, sondern auch zur subjektiven Tatseite, nämlich zur bewußt kontinuierlichen Begehung der einzelnen Tathandlungen, welche die Addition der einzelnen Suchtgiftmengen zur Unterstellung aller Einzelakte unter den Verbrechenstatbestand des § 12 Abs. 1 SGG (erst) ermöglichen würde (siehe Foregger-Litzka, Erl III zu § 12 SGG; EvBl 1980/20). Der Tatbestand des § 12 Abs. 1 SGG ist nur dann erfüllt, wenn der Täter den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift in einer großen Menge erzeugt, einführt, ausführt oder in Verkehr setzt. Diese große Menge liegt nach der Empfehlung des Beirates zur Bekämpfung des Mißbrauchs von Alkohol und anderen Suchtmitteln (JABl 1985/28) und nach ständiger Judikatur (vgl etwa EvBl 1988/4) bei 15 g Kokain. Da die in den Fakten 1.1.1. bis 1.1.4. angeführten Suchtgiftmengen diese Grenzmenge für sich allein jeweils nicht übersteigen und zum Faktum 1.1.5. - mangels Feststellungen über den Reinheitsgrad des Suchtgiftes - die Überschreitung der Grenzmenge nicht mit der für das Strafverfahren erforderlichen Sicherheit angenommen werden kann, könnte die Unterstellung dieser "Teilhandlungen" - zusammen mit den späteren, jeweils eine größere Suchtgiftmenge umfassenden Tathandlungen - unter den Verbrechenstatbestand des § 12 Abs. 1 SGG nur im Fall eines diesbezüglichen, zumindest bedingten, auf die bewußt kontinuierliche Begehung gerichteten Vorsatzes stattfinden. Soweit das Erstgericht im Urteil hiezu lediglich im Rahmen der rechtlichen Beurteilung bemerkt, daß angesichts der "evidenten Drogenkarriere" der beiden Angeklagten von einem fortgesetzten Zusammenhang der illegalen Suchtgifteinfuhren auszugehen sei (US 11), reicht dies für eine solche Annahme nicht aus, weil die bezüglichen kursorischen Ausführungen bloß die äußere Tatseite betreffen.

In Verkennung der gesetzlichen Erfordernisse des Verbrechenstatbestandes nach dem § 12 Abs. 1 SGG ist dem Erstgericht somit dadurch eine materielle Nichtigkeit (§ 281 Abs. 1 Z 10 StPO) unterlaufen, daß es die Tathandlungen zu den Punkten 1.1.1. bis 1.1.5. des Schuldspruchs dieser Bestimmung unterstellte, ohne die nötigen Feststellungen zur subjektiven Tatseite zu treffen. Mangels entsprechender Feststellungen zur Gewerbsmäßigkeit ist auch die Unterstellung der vom gesamten Punkt 1.1. des Schuldspruchs umfaßten Tathandlungen der Angeklagten unter die Qualifikation nach dem § 12 Abs. 2, erster Fall, SGG nichtig (gleichfalls § 281 Abs. 1 Z 10 StPO). Da sich diese (nicht geltend gemachten) auf einer unrichtigen Anwendung des Strafgesetzes beruhenden Nichtigkeiten zum Nachteil der Angeklagten auswirken, sind sie gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO von Amts wegen wahrzunehmen.

Es war daher der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft teilweise Folge zu geben und das angefochtene Urteil im Freispruch der Angeklagten Irma M***** und Bernhard Karl W***** vom Anklagevorwurf des in Tateinheit mit dem zu den Punkten 1.1.2. bis 1.1.8. des Schuldspruchs abgehandelten Verbrechen nach dem § 12 SGG begangenen Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a und 11 FinStrG, sowie gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO auch im zum Punkt 1.1. des Schuldspruchs ergangenen Ausspruch der gewerbsmäßigen Tatbegehung und daher auch in der rechtlichen Unterstellung der dort angeführten Taten unter die Bestimmung des § 12 Abs. 2, erster und dritter Fall, SGG, weiters in der rechtlichen Unterstellung der in den Punkten 1.1.1. bis 1.1.5. des Schuldspruchs beschriebenen Taten unter die Bestimmung des § 12 Abs. 1 SGG und demgemäß auch in den Strafaussprüchen aufzuheben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zu verweisen.

Im übrigen war die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft zu verwerfen. Mit ihrer Berufung war die Anklagebehörde auf diese Entscheidung zu verweisen.

Anmerkung

E27848

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1991:0110OS00101.91.1029.000

Dokumentnummer

JJT_19911029_OGH0002_0110OS00101_9100000_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