

# TE OGH 1991/9/17 140s40/91

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.09.1991

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 17. September 1991 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kral als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Reisenleitner, Dr. Lachner, Hon. Prof. Dr. Brustbauer und Dr. Massauer als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtswärterin Mag. Loub als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Heinz H\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens nach § 12 Abs. 1, Abs. 2 erster Fall, Abs. 3 Z 3 SGG und § 12 dritter Fall StGB sowie wegen eines Finanzvergehens über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 22. November 1990, GZ 8 Vr 2.086/90-43, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Fabrizy, des Vertreters des Zollamtes Graz, Rat Mag. Pozezanac, des Angeklagten Heinz H\*\*\*\*\* und seines Verteidigers Dr. Falk zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt,

1. im Ausspruch, daß der Angeklagte die unter Punkt II des Urteilssatzes bezeichnete Tat mit Beziehung auf ein Suchtgift begangen habe, dessen Menge zumindest das Fünfundzwanzigfache der in § 12 Abs. 1 SGG angeführten Menge ausmacht und demzufolge im Ausspruch über die rechtliche Beurteilung dieser Tat nach § 12 Abs. 3 Z 3 SGG;
2. gemäß § 290 Abs. 1 StPO im Schuldspruch wegen des Finanzvergehens des Schmuggels nach §§ 11 dritter Fall, 35 Abs. 1 FinStrG laut Punkt III des Urteilssatzes, sowie
3. im Ausspruch einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe nach dem Suchtgiftgesetz sowie im Ausspruch einer Geldstrafe nach dem Finanzstrafgesetz (nicht auch im Ausspruch einer Wertersatzstrafe, im Einziehungserkenntnis und im Ausspruch über die Vorhaftanrechnung) aufgehoben.

Für das ihm nach den unberührt gebliebenen Teilen des Schuldspruchs laut den Punkten I und II des Urteilssatzes zur Last liegende, teils gewerbsmäßig, teils als Beitragstäter begangene Verbrechen nach § 12 Abs. 1 und Abs. 2 SGG sowie § 12 dritter Fall StGB wird Heinz H\*\*\*\*\* nach § 12 Abs. 2 SGG zu einer Freiheitsstrafe von 20 (zwanzig) Monaten und nach § 12 Abs. 5 SGG zu einer Geldstrafe von 300.000 (dreihunderttausend) Schilling, für den Fall der Uneinbringlichkeit 6 (sechs) Wochen Ersatzfreiheitsstrafe, verurteilt.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Mit seiner Berufung, soweit sie gegen den Ausspruch einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe nach dem Suchtgiftgesetz gerichtet ist, wird der Angeklagte auf die Strafneubemessung, soweit sie gegen den Ausspruch einer Geldstrafe nach dem Finanzstrafgesetz gerichtet ist, auf die ersatzlose Aufhebung des Schuldspruches wegen Finanzvergehens verwiesen.

Im übrigen (in Ansehung des Ausspruchs einer Wertersatzstrafe) wird der Berufung nicht Folge gegeben.

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

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Heinz H\*\*\*\*\* der (richtigerweise einheitlich zu subsumierenden) Verbrechen nach § 12 Abs. 1 und Abs. 2 erster Fall SGG (I) und nach § 12 Abs. 1 und Abs. 3 Z 3 SGG als Beitragstäter nach § 12 dritter Fall StGB (II) sowie des Finanzvergehens des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 FinStrG als Beitragstäter nach § 11 dritter Fall FinStrG (III) schuldig erkannt.

Darnach hat er

I. zwischen Dezember 1988 und Anfang Oktober 1989 im Raum Graz den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift in einer großen Menge, deren Weitergabe geeignet wäre, in großem Ausmaß eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen zu lassen, gewerbsmäßig in Verkehr gesetzt, und zwar durch den Verkauf von insgesamt ca. 460 g Cocain in zahlreichen Einzelvorgängen an einen etwa 30 Personen umfassenden Abnehmerkreis;

II. zwischen Dezember 1988 und Juni 1989 in Graz dadurch, daß er dem abgesondert verfolgten Robert B\*\*\*\*\* zu den von diesem zum Zwecke der Beschaffung von Cocain aus Südamerika unternommenen Flugreisen nach Caracas einen Geldbetrag von insgesamt zumindest 50.000 S beisteuerte und ihm die Abnahme eines Teiles der einzuführenden Cocainmengen zusagte (US 2 verso), zur Ausführung der strafbaren Handlung des Robert B\*\*\*\*\* beigetragen, der bei diesen Reisen den bestehenden Vorschriften zuwider 830 g Cocain, sohin Suchtgift in einer übergroßen Menge (§ 12 Abs. 3 Z 3 SGG), nach Österreich eingeführt hat, deren Weitergabe geeignet wäre, in großem Ausmaß eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen zu lassen;

III. durch die zu Punkt I und II beschriebenen strafbaren Handlungen zugleich auch zur Ausführung des Finanzvergehens des Schmuggels, begangen von dem deshalb gesondert abgeurteilten Robert B\*\*\*\*\* als unmittelbarem Täter beigetragen, der eingangsabgabepflichtige Waren, nämlich 830 g Cocain, auf welchen 83.000 S an Zoll, 132.800 S an Einfuhrumsatzsteuer und Außenhandelsförderungsbeiträge von 1.743 S, somit Eingangsabgaben von insgesamt 217.543 S lasteten, vorsätzlich unter Verletzung der zollrechtlichen Stellungs- und Erklärungspflicht dem Zollverfahren entzogen hat.

Heinz H\*\*\*\*\* wurde hierfür nach § 12 Abs. 3 SGG "unter Bedachtnahme auf § 28 StGB" zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren, nach § 12 Abs. 5 SGG "in Verbindung mit § 38 FinStrG" zu einer Geldstrafe von 300.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 6 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe), nach § 13 Abs. 2 SGG zu einer Wertersatzstrafe von 800.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 4 Monate Ersatzfreiheitsstrafe) und nach § 35 Abs. 4 FinStrG unter Berücksichtigung des § 22 FinStrG zu einer Geldstrafe von 250.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 6 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe) verurteilt. Das den Gegenstand des Suchtgiftverbrechens bildende Suchtgift, soweit es sichergestellt werden konnte, wurde gemäß § 13 Abs. 1 SGG eingezogen. Die Vorhaft wurde auf alle Strafen angerechnet.

## **Rechtliche Beurteilung**

Dieses Urteil bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Gründe der Z 5, 5 a (hilfsweise auch Z 4), 9 lit. a (der Sache nach Z 10) und 11 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde. Den Ausspruch einer Freiheits-, Geld- und Wertersatzstrafe nach dem Suchtgiftgesetz sowie einer Geldstrafe nach dem Finanzstrafgesetz ficht er mit Berufung an.

Die Nichtigkeitsbeschwerde ist nur zum Teil begründet.

Unberechtigt ist die Mängelrüge (Z 5), soweit sie gegen Punkt I und II des Schuldspruchs gerichtet ist. Das Erstgericht hat im Urteil die Mengenangaben zum Erwerb von Cocain durch den Angeklagten hinlänglich erörtert und zu dessen Gunsten den Erhalt von bloß ca. 460 g Cocain festgestellt, obwohl Robert B\*\*\*\*\* den Verkauf von 474 g bezeugt hat (US 2 verso Mitte sowie US 3 unten und verso; S 259/II; vgl. auch S 287 ff, 317, 319, 332 ff, 467 ff/I). Die in der Beschwerde behaupteten Mengenangaben des Robert B\*\*\*\*\* von 260 bzw. 271 g hingegen sind nicht aktenkundig. Dem Ausspruch des Gerichtshofes über diese entscheidende Tatsache haftet daher die geltend gemachte Unvollständigkeit nicht an.

Insoweit aber der Beschwerdeführer bloß die Glaubwürdigkeit des Zeugen Robert B\*\*\*\*\* in Zweifel zu ziehen sucht, bekämpft er in einer jedenfalls in diesem Rahmen unzulässigen Weise die Beweiswürdigung der Tatrichter.

Das weitere Beschwerdevorbringen, der Ausspruch des Gerichtshofes sei deshalb undeutlich, weil im Urteil lediglich global darauf verwiesen wird, daß der Angeklagte in zahlreichen Einzelvorgängen durch Verkauf an einen etwa 30 Personen umfassenden Abnehmerkreis insgesamt ca. 460 g Cocain gewerbsmäßig in Verkehr gesetzt hat, ist gleichfalls unberechtigt. Im Gegensatz zur Ansicht des Beschwerdeführers war eine nähere Bezeichnung der Suchtgiftabnehmer und der von ihnen jeweils erworbenen Suchtgiftmengen zur Begründung dieses Ausspruches nicht erforderlich, zumal das Erstgericht insoweit auf die umfangreichen sicherheitsbehördlichen Erhebungen verweist (US 3 unten), wodurch die vom Beschwerdeführer vermißte Nachvollziehbarkeit der erstinstanzlichen Urteilsannahmen jedenfalls gewährleistet ist.

Auch die Feststellungen zur Beitragstäterschaft des Angeklagten in bezug auf das Suchtgiftverbrechen des Robert B\*\*\*\*\* (Punkt II) sind weder undeutlich noch unzureichend begründet. Dem Urteilstenor und den damit eine Einheit bildenden Entscheidungsgründen ist - den (der Sache nach zum Teil auch im Rahmen der Rechtsrüge vorgebrachten) Beschwerdeeinwänden (Z 5) zuwider - klar zu entnehmen, daß der Schuldspruch die Unterstützung des unmittelbaren Täters bei der Einfuhr von 830 g Cocain im Zeitraum von Dezember 1988 bis Juni 1989 durch Zurverfügungstellung eines Geldbetrages von 50.000 S sowie durch die Zusage der Abnahme des zu importierenden Suchtgiftes zum Gegenstand hat, und daß sich die Tatrichter insoweit sowohl in Ansehung der objektiven wie auch der subjektiven Tatseite auf die ihnen glaubwürdig erschienene Zeugenaussage des Robert B\*\*\*\*\* gestützt haben. Wann die einzelnen Flugreisen des Genannten stattgefunden haben und welche Suchtgiftmengen er dabei jeweils mitgebracht hat, ist für die Schuldfrage ebensowenig von Belang wie die Höhe der Geldbeträge, die der Angeklagte dem Suchtgiftimporteur im einzelnen übergeben hat.

Erhebliche Bedenken (Z 5 a) gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen in Ansehung der Gesamtmenge des in Verkehr gesetzten Suchtgiftes und des dem Robert B\*\*\*\*\* zur Verfügung gestellten Geldbetrages vermochte der Beschwerdeführer aus den Akten nicht darzutun. Die in diesem Zusammenhang "aus Vorsichtsgründen" erhobene Verfahrensrüge (Z 4) scheidet ihrerseits schon am Mangel der hierfür erforderlichen formellen Voraussetzung eines in der Hauptverhandlung gestellten Beweisantrages, durch dessen Abweisung oder Nichterledigung Verteidigungsrechte verletzt worden sein könnten.

Berechtigt ist hingegen die Rechtsrüge (der Sache nach Z 10) zu Punkt II des Schuldspruchs. Zum Reinheitsgehalt des Suchtgiftes ist dem Urteil zu entnehmen, daß drei Proben des beim Angeklagten sichergestellten Cocains eine Cocainbase von zumindest 28 % ergeben haben (US 3 verso). Das Erstgericht traf keine Feststellung, daß das von Robert B\*\*\*\*\* eingeführte Suchtgift einen höheren Reinheitsgehalt gehabt hätte, ging also zugunsten des Angeklagten ersichtlich davon aus, daß der Reinheitsgrad von 28 % auch bei dem von Robert B\*\*\*\*\* eingeführten Suchtgift schon im Zeitpunkt des Importes gegeben war und nicht erst durch Aufstrecken auf diesen Konzentrationsgrad abgesenkt worden ist. Die 830 g Cocain, zu deren Einfuhr der Beschwerdeführer beigetragen hat, entsprechen demnach 232,4 g Reinsubstanz. Selbst unter der Annahme aber, daß sich die Menge von 830 g auf noch ungestrecktes Cocain beziehen sollte - nach der Aktenlage hat Robert B\*\*\*\*\* das von ihm importierte Cocain meist im Verhältnis 3 Teile Suchtgiftsubstanz : 1 Teil Glutamat gestreckt (S 335, 459, 465/I), doch scheint bei den Mengenangaben in der Anzeige, auf die sich Anklage und Urteil stützen, diese Streckung bereits berücksichtigt worden zu sein - würde sich rechnerisch nur eine Reinsubstanz von rund 310 g ergeben. Nach der Empfehlung des Beirates zur Bekämpfung des Mißbrauchs von Alkohol und anderen Suchtmitteln (JABl. 1985/28) und der daran anschließenden Judikatur (vgl. etwa ÖJZ-LSK 1987/90) ist eine große Menge im Sinn des § 12 Abs. 1 SGG ab 15 g Cocain anzunehmen. Die von Punkt II des Schuldspruchs erfaßte Suchtgiftmenge ist daher zwar als groß im Sinn des § 12 Abs. 1 SGG anzusehen, sie hat aber das Fünfundzwanzigfache der dort angeführten Menge (= 375 g) keinesfalls erreicht, zumal die vom Angeklagten in Verkehr gesetzten 460 g Cocain (Punkt I) hier nicht hinzuzuzählen sind, weil sie aus der importierten Gesamtmenge stammen (US 3).

Der Qualifikationsausspruch nach § 12 Abs. 3 Z 3 SGG war demnach zu kassieren. Da eine gewerbsmäßige Begehungsweise (§ 12 Abs. 2 erster Fall SGG) in Ansehung der Suchtgifteinfuhr trotz entsprechender Anhaltspunkte weder beim Angeklagten noch bei Robert B\*\*\*\*\* festgestellt und übrigens - wie sich der Oberste Gerichtshof durch Einsichtnahme in die Akten betreffend das gegen Robert B\*\*\*\*\* abgesondert geführte Strafverfahren, AZ 8 Vr 1960/89 des Landesgerichtes für Strafsachen Graz, überzeugen konnte - hinsichtlich des Letztgenannten auch dort nicht angenommen worden ist, war der dem Schuldspruch laut Punkt II zugrunde liegende Sachverhalt rechtsrichtig nur

dem § 12 Abs. 1 SGG zu unterstellen. Damit entfällt aber zunächst insoweit (Punkt II) eine Strafbarkeit wegen des in Tateinheit begangenen sonstigen Beitrages zum Finanzvergehen des Schmuggels nach §§ 11 dritter Fall, 35 Abs. 1 FinStrG (§ 24 a SGG), was gemäß § 290 Abs. 1 StPO von Amts wegen wahrzunehmen war.

In gleicher Weise war aber auch bezüglich der Annahme eines strafbaren Tatbeitrages zum Schmuggel mit Beziehung auf den unter Punkt I des Schuldspruchs umschriebenen Sachverhalt zu verfahren. Das dem Schmuggel nachfolgende gewerbsmäßige Inverkehrsetzen eines Teiles von 460 g der importierten Gesamtmenge von 830 g Cocain stellt als solches keinen Tatbeitrag zur Suchtgifteinfuhr selbst und demnach auch keine tateinheitliche Förderung des Schmuggels dar. Der Ausspruch, daß auch insoweit das Finanzvergehen nach § 35 Abs. 1 FinStrG durch sonstigen Tatbeitrag nach § 11 dritter Fall FinStrG verwirklicht worden sei, war daher überhaupt verfehlt. Deshalb ist auch die Annahme von Gewerbsmäßigkeit in Punkt I des Schuldspruchs, die im Falle des tateinheitlichen Zusammentreffens eines solcherart qualifizierten Suchtgiftverbrechens mit einem Finanzvergehen den Entfall der Strafbarkeit wegen des Finanzvergehens gemäß § 24 a SGG verhindern würde, in dieser Beziehung hier ohne Bedeutung.

Ein an sich im gewerbsmäßigen Verhandeln von Konterbande bestehendes Finanzvergehen der Abgabenhehlerei nach §§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a FinStrG kann aber dem Beschwerdeführer, der selbst zum Schmuggel (wenngleich gemäß § 24 a SGG straflos) beigetragen hat, nicht angelastet werden, weil Subjekt eines solchen Finanzvergehens begrifflich stets nur eine vom Vortäter (iS einer der Beteiligungsformen des § 11 FinStrG) verschiedene Person sein kann und demnach hinsichtlich derselben Sache die Haftung einer und derselben Person für Schmuggel und Abgabenhehlerei ausgeschlossen ist (Dorazil-Harbich E 19 zu § 37 FinStrG, insbes. 13 Os 10/81).

Der Schuldspruch wegen Finanzvergehens nach §§ 11 dritter Fall, 35 Abs. 1 FinStrG laut Punkt III des Urteilsatzes war daher zu beseitigen, ohne daß es allerdings insoweit eines formellen Freispruchs bedurft hätte (Mayerhofer-Rieder StPO3 E 61 zu § 259 und E 5 zu § 288). Ein Eingehen auf das gegen diesen Schuldspruch gerichtete weitere Beschwerdevorbringen des Angeklagten erübrigt sich daher. Auch seine Berufung ist, soweit sie gegen den Ausspruch einer Geldstrafe nach dem Finanzstrafgesetz gerichtet ist, damit gegenstandslos geworden.

Die Kassierung des verfehlten Qualifikationsausspruches nach § 12 Abs. 3 Z 3 SGG in bezug auf das Urteilsfaktum II hatte seinerseits notwendigerweise die Aufhebung des Ausspruchs einer Freiheits- und Geldstrafe nach dem Suchtgiftgesetz zur Folge, weil es sich hierbei um schuldabhängige Sanktionen handelt. Nicht hingegen erforderlich war deshalb auch die Aufhebung des Ausspruchs über die Vorhaftanrechnung und über die vorbeugende Maßnahme der Einziehung des sichergestellten Suchtgiftes (§ 13 Abs. 1 SGG) sowie über die schuldunabhängige und hier mangels Vorliegens der für die Anwendung der Härteklausel nach § 12 Abs. 5 SGG normierten Grundvoraussetzung einer Suchtgiftergebenheit des Angeklagten (US 3 verso) zwingend (arg. "ist" in § 13 Abs. 2 SGG) vorgesehene Wertersatzstrafe.

In Ansehung der letzterwähnten Nebenstrafe ist dem Erstgericht auch keineswegs der vom Beschwerdeführer behauptete materiellrechtliche Beurteilungsfehler von Strafbemessungstatsachen (Z 11) unterlaufen. Der Angeklagte verkennt, daß der Begriff des Erlöses im Sinn des § 13 Abs. 2 SGG nicht dem des Nutzens im Sinn des § 12 Abs. 5 SGG gleichzusetzen ist. Letzterer ist zwar für die Bemessung der neben der Freiheitsstrafe verhängten Geldstrafe maßgebend, nicht aber für die Wertersatzstrafe gemäß § 13 Abs. 2 SGG, für welche es auf die Höhe des gemeinen Wertes oder des tatsächlich erzielten Erlöses und nicht etwa bloß auf den nach Abzug der Gestehungskosten verbleibenden Gewinn ankommt (vgl. 12 Os 172/88). Die außerdem bemängelte Aufteilung des Wertersatzes auf mehrere Täter kann nicht im Rahmen der Nichtigkeitsbeschwerde, sondern nur mit Berufung bekämpft werden (EvBl. 1980/212).

Bei der zufolge der Aufhebung der Freiheits- und Geldstrafe nach dem Suchtgiftgesetz notwendig gewordenen, nunmehr nach § 12 Abs. 2 SGG vorzunehmenden Strafreubemessung war erschwerend, daß das Suchtgiftverbrechen in mehreren Begehungsformen verwirklicht und die große Menge des Suchtgiftes im Sinne des § 12 Abs. 1 SGG um ein Vielfaches überschritten worden ist. Mildernd war das Teilgeständnis, durch das auch andere Personen der Begehung strafbarer Handlungen nach dem Suchtgiftgesetz überführt werden konnten. Im gegebenen Strafrahmen von einem bis zu zehn Jahren entspricht eine Freiheitsstrafe von 20 Monaten der unrechtsbezogenen Schuld (§ 32 StGB) des Angeklagten. Dabei wurde auch das in der Berufung enthaltene Vorbringen zur Straffrage entsprechend berücksichtigt. Daneben war im Hinblick darauf, daß der Angeklagte als Nichtsüchtiger ausschließlich aus Gewinnsucht gehandelt hat,

nach Maßgabe seines aus der strafbaren Handlung erzielten, vom Erstgericht mängelfrei festgestellten (US 3 verso und 4 verso) Nutzens gemäß § 12 Abs. 5 SGG eine Geldstrafe von 300.000 S (für den Fall der Uneinbringlichkeit 6 Wochen Ersatzfreiheitsstrafe) zu verhängen.

Einer auch nur teilweisen bedingten Nachsicht dieser Strafen stehen spezial- und generalpräventive Überlegungen entgegen.

Schließlich konnte auch der Berufung des Angeklagten gegen die ausgesprochene Wertersatzstrafe kein Erfolg beschieden sein. Deren Ausmaß entspricht den unbedenklichen Feststellungen über die Höhe des nicht mehr greifbaren Erlöses des vom Angeklagten verkauften Suchtgiftes (US 4 verso), wobei die Beteiligung des Robert B\*\*\*\*\* am Import dem betreffenden Berufungseinwand zuwider ohnedies angemessen berücksichtigt worden ist (siehe S 6 verso des Urteils gegen den Genannten vom 8. November 1990, GZ 8 Vr 1960/89-162 des Landesgerichtes für Strafsachen Graz).

Mit Recht hat das Erstgericht auch die bedingte Nachsicht dieser Nebenstrafe abgelehnt.

Die Kostenentscheidung fußt auf der bezogenen Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E26762

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

ECLI:AT:OGH0002:1991:0140OS00040.91.0917.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19910917\_OGH0002\_0140OS00040\_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](http://www.jusline.at)