

# TE OGH 1989/11/9 130s106/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.11.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 9.November 1989 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Harbich als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Hörburger, Dr. Brustbauer (Berichterstatter), Dr. Kuch und Dr. Markel als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Edelmann als Schriftführers in der Strafsache gegen Recep Kemalettin A\*\*\* wegen des versuchten Verbrechens nach § 15 StGB, § 12 Abs. 1 und 3 Z. 3 SuchtgiftG und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Staatsanwaltschaft und des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Schöffengerichts vom 7.Juni 1989, GZ. 35 Vr 639/89-45, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalts Dr. Raunig, sowie der Verteidiger Dr. Wampl und Dr. Cardona, jedoch in Abwesenheit eines Vertreters des Zollamts Salzburg als Finanzstrafbehörde erster Instanz und des Angeklagten, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Gemäß § 290 Abs. 1 StPO werden der Schuldspruch III betreffend knapp 4 kg Heroin sowie der Strafausspruch nach dem Finanzstrafgesetz aufgehoben und insoweit gemäß § 288 Abs. 2 Z. 3 StPO in der Sache selbst erkannt:

Recep Kemalettin A\*\*\* wird für das ihm weiterhin zu III im Ausmaß von 5.754,18 g Heroin zur Last liegende Finanzvergehen der Abgabenhellerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG gemäß § 37 Absatz 2 FinStrG zu einer Geldstrafe von 800.000 (achthunderttausend) Schilling, an deren Stelle gemäß § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von 4 (vier) Monaten tritt, verurteilt.

Der Berufung der Staatsanwaltschaft wird Folge gegeben und die nach § 12 Abs. 3 SuchtgiftG verhängte Freiheitsstrafe auf 10 (zehn) Jahre erhöht.

Der Angeklagte wird mit seiner Berufung auf diese Entscheidung verwiesen.

Gemäß § 390 a StPO hat der Angeklagte die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zu ersetzen.

## Text

Gründe:

Der am 20.April 1957 geborene berufslose Türke Recep Kemalettin A\*\*\* wurde des versuchten Verbrechens nach § 15 StGB, § 12 Abs. 1 und 3 Z. 3 SuchtgiftG (I) sowie des Vergehens nach § 14 a SuchtgiftG (II) und des Finanzvergehens der Abgabenhellerei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG (III) schuldig erkannt. Darnach hat er in Salzburg

I. am 7.Juli 1988 ca. 6 kg Heroin aus Österreich auszuführen getrachtet, wobei die Tat mit Beziehung auf ein Suchtgift begangen wurde, dessen Menge zumindest das Fünfundzwanzigfache der im § 12 Abs. 1 SuchtgiftG angeführten Menge ausmacht;

II. am 6. und am 7. Juli 1988 knapp 4 kg Heroin und damit Suchtgift in einer großen Menge (§ 12 Abs. 1 SuchtgiftG) mit dem Vorsatz erworben und besessen, daß es in Verkehr gesetzt werde;

III. am 6. Juli 1988 insgesamt 9.754,18 g geschmuggeltes Heroin an sich gebracht.

Sowohl der Angeklagte als auch die Staatsanwaltschaft machen Urteilsnichtigkeit aus § 281 Abs. 1 Z. 10 StPO geltend.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zur Beschwerde des Angeklagten:

Beachtlich ist nur eine Rechtsmittelausführung (§§ 285 Abs. 1, 294 Abs. 2 StPO), somit die am 12. Juli 1989 bei Gericht eingelangte, von den Rechtsanwälten Dr. Karl W\*\*\* und Dr. Elisabeth M\*\*\* erstattete (ON. 53). Die erst später eingelangte Rechtsmittelausführung Dr. C\*\*\* (ON. 54) bleibt damit außer Betracht.

Mit seiner gegen den Schuldspruch I gerichteten Subsumtionsrüge (Z. 10) verneint der Angeklagte das Vorliegen einer Versuchshandlung nach § 15 StGB, § 12 Abs. 1 und 3 Z. 3 SuchtgiftG und verlangt die Unterstellung dieses strafbaren Verhaltens ebenfalls unter den Vergehenstatbestand des § 14 a SuchtgiftG.

Nach den Urteilsfeststellungen war der Beschwerdeführer mit seinem Personenkraftwagen, in welchem er einen Teil von etwa 6 kg der ihm von einem gesondert verfolgten türkischen Landsmann übergebenen Heroinmenge verborgen hielt, nach Salzburg gefahren, um sich beim dortigen Generalkonsulat der Bundesrepublik Deutschland ein Einreisevisum zu beschaffen. Darnach wollte er in Salzburg mit demselben Türken zusammentreffen, um von diesem mit dem künftigen Übernehmer des Suchtgifts bekanntgemacht zu werden; im unmittelbaren Anschluß daran hätte er das Heroin in seinem Fahrzeug nach Deutschland ausführen und es dort unweit von München dem Übernehmer ausfolgen sollen. Der geplante Suchtgiftexport ist nur deshalb unterblieben, weil der Beschwerdeführer bereits nach dem Erreichen eines in unmittelbarer Nähe des deutschen Generalkonsulats gelegenen Parkplatzes festgenommen wurde.

Für die im vorliegenden Fall interessierende Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitungshandlung und strafbarem Versuch (§ 15 Abs. 2 StGB) kommt es darauf an, ob das Verhalten, das nicht schon bis zur Erfolgsnähe gediehen sein muß, bereits den Beginn der Ausführung der geplanten Straftat darstellt oder doch zumindest nach seiner aktionsmäßigen und zeitlichen Beziehung zur Ausführung im nahen Vorfeld der Tatbestandsverwirklichung liegt.

Bei der Ein- und Ausfuhr von Suchtgift besteht die Tatausführung in der Beförderung des Rauschgifts über die Staatsgrenze. Die Ausführungsnähe eines strafbaren Versuchs setzt zum einen Handlungen voraus, die dem Beginn der Tatausführung unmittelbar vorgelagert und von der Tatbestandsverwirklichung nicht durch wesentliche zeitliche, örtliche oder manipulative, also eigenständige Zwischenetappen getrennt sind und erfordert zum anderen die schon bewerkstelligte Überwindung der entscheidenden Hemmstufe vor der Tatausführung durch den Täter (Foregger-Serini-Kodek, MKK.4, Erl. V zu § 15 StGB). Bei Anwendung dieser Kriterien ist das dem Angeklagten zur Last gelegte Verhalten als strafbarer Versuch zu beurteilen; denn nach dem Tatplan des Beschwerdeführers sollten (anders als im Fall der in der Beschwerde zitierten Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 23. Februar 1983, SS. 54/11) die bereits vorgenommenen Handlungen in einem Zug und damit ohne Zwischenakte durch Verschaffung des Suchtgifts in die Bundesrepublik Deutschland zwecks Übergabe an einen Interessenten noch am selben Tag unmittelbar in die Tatausführung übergehen (SS. 46/22 u.a.). Bei den noch vorzunehmenden Schritten zur Tatvollendung handelte es sich bloß um technisch bedingte, ausführungsnähe Maßnahmen. Dies gilt auch für die Abwicklung der Einreiseformalitäten in die Bundesrepublik, die der Suchtgiftausfuhr unmittelbar vorgelagert waren. Folgerichtig vermöchte die Möglichkeit einer abweislichen Entscheidung über den beabsichtigten Antrag auf Ausstellung eines Sichtvermerks an der Beurteilung des Geschehens als strafbarer Versuch nach § 15 Abs. 2 StGB nichts zu ändern.

In seiner Berufungsausführung macht der Angeklagte der Sache nach den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z. 11, dritter Fall, StPO geltend. Er behauptet, das Erstgericht habe mittels Berücksichtigung des Ausmaßes der "übergroßen" Menge (§ 12 Abs. 3 Z. 3 SuchtgiftG) als Erschwerungsgrund gegen das Doppelverwertungsverbot (§ 32 Abs. 2 StGB) verstoßen. Zwar wirkt schon das Vorliegen der "übergroßen" Menge, das sind hier (25 mal 1,5 Gramm Heroin, s. EvBl. 1987/87 u.a.) 37,5 Gramm, qualifikationsbegründend. Indes muß die Überschreitung dieses für sich allein schon die Qualifikation des § 12 Abs. 3 Z. 3 SuchtgiftG herstellenden Quantums bis auf das Einhundertsechzigfache (6.000 Gramm) auf den aktuellen Strafausspruch, soll die Strafzumessung nach der Größe der Gefährdung (§ 32 Abs. 3 StGB)

überhaupt noch einen Sinn haben, von Einfluß sein. Darnach bedarf es gar nicht mehr des Hinweises, daß inhaltlich des Schuldspruchs II weitere 4.000 Gramm Heroin urteilsgegenständlich sind. Ein unvertretbarer Verstoß gegen Bestimmungen über die Strafbemessung wird folglich nicht aufgezeigt.

Zur Beschwerde der Staatsanwaltschaft:

Die Anklagebehörde strebt die Beurteilung des dem Angeklagten zu II angelasteten Verhaltens als strafbarer Versuch der Ausfuhr von Heroin in die Bundesrepublik Deutschland, in eventu als Verbrechen nach § 14 Abs. 1 SuchtgiftG an Stelle des vom Erstgericht angenommenen Vergehenstatbestands des § 14 a dieses Gesetzes an. Allein den in der Erledigung der Subsumtionsrüge des Angeklagten dargelegten Grundsätzen zufolge stellt dessen hier zu beurteilende Tat (II) keine bloße technisch bedingte Zwischenlagerung der 4 kg Heroin dar. Vielmehr fehlt die nach § 15 Abs. 2 StGB für eine versuchte Ausfuhr erforderliche Ausführungsnähe. Laut Urteilssachverhalt hatte der Angeklagte insgesamt nahezu 10 kg Heroin, das er in die Bundesrepublik Deutschland einschmuggeln sollte, von einem türkischen Landsmann übernommen. Da er aber eine so große Suchtgiftmenge nicht in seinem fahrfähigen Personenkraftwagen unterbringen konnte, lagerte er eine Teilmenge von knapp 4 kg Heroin in einem ihm gehörigen anderen, bereits abgemeldeten und nicht betriebsbereiten Automobil ein, ohne sich vorerst über die weitere Verfügung hinsichtlich dieses Suchtgifts im klaren zu sein. Er faßte ins Auge, entweder seinem Landsmann die Durchführung einer weiteren Schmuggelfahrt in die Bundesrepublik zu einem späteren Zeitpunkt vorzuschlagen oder diesem das Suchtgift wieder zurückzugeben oder es an einen ihm zu benennenden Abnehmer auszufolgen. Von dem künftigen Vorhaben seines Landsmanns hatte er jedenfalls keine Kenntnis.

Das Verstecken von Suchtgift kann im Zusammenhalt mit den geschilderten Erwägungen betreffend eine mögliche spätere Verwertung nicht als eine der Ausführung des Exports unmittelbar vorangehende Handlung (§ 15 Abs. 2 StGB), etwa als eine manipulativ geringfügige Zwischenstufe unmittelbar vor der - hier noch gar nicht definitiven - Ausfuhr, angesehen werden. Das Verstecken des Rauschgifts liegt sonach nicht im unmittelbaren Vorfeld der Verwirklichung des Tatbestands des § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. Der Staatsanwaltschaft kann aber auch insoweit nicht beigespflichtet werden, als sie die Unterstellung des dem Schuldspruch II zugrunde liegenden Geschehens unter § 14 Abs. 1 SuchtgiftG verlangt. Dieses Verbrechen macht sich nunmehr (i.d.F. der SuchtgiftNov. 1985) schuldig, wer mit einem anderen die gemeinsame Ausführung der im § 12 SuchtgiftG bezeichneten strafbaren Handlung verabredet (verbrecherisches Komplott). Ein solches Komplott ist gegeben, wenn die Komplottanten in voller Tatbereitschaft entschlossen zusammentreten, um die Einzelheiten ihres verbrecherischen Beginns fördernd zu erörtern (EvBl. 1951/302, LSK. 1986/41). Davon kann hier nicht die Rede sein. Sonach ist zur Beschwerde der Staatsanwaltschaft zusammenfassend zu sagen, daß es dem Schöffengericht, weil eine Versuchshandlung in der Richtung des § 12 SuchtgiftG nicht gegeben ist, im Rahmen seiner Beweiswürdigung freistand, dem Erwerb und Besitz der 4 kg Heroin den allgemeinen Vorsatz, daß diese Menge zukünftig jedenfalls irgendwie in Verkehr gesetzt werde (siehe Urteilsspruch II), zuzuordnen.

Zur Maßnahme gemäß § 290 Abs. 1 StPO:

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerden war gemäß § 290 Abs. 1 StPO von Amts wegen wahrzunehmen, daß das angefochtene Urteil im Schuldspruch wegen § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG bezüglich einer Teilmenge von 4 kg Heroin gegen § 24 a SuchtgiftG verstößt und daher insoweit mit einer nicht geltend gemachten Nichtigkeit nach Z. 10 behaftet ist.

Gemäß § 24 a SuchtgiftG entfällt bei eintätigem Zusammentreffen einer nach §§ 12 Abs. 1, 14 a oder 16 SuchtgiftG strafbaren Handlung mit einem gerichtlich strafbaren Finanzvergehen die Strafbarkeit des letzteren (unter anderem) mit dem Schuldspruch wegen des betreffenden Suchtgiftdelikts. Zu Unrecht hat daher das Erstgericht dem Angeklagten das Finanzvergehen der Abgabenhelderei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG auch hinsichtlich der dem Schuldspruch II (§ 14 a SuchtgiftG) unterzogenen Heroinmenge von knapp 4 kg angelastet.

Rechtsrichtig war auf Grund der Schuldsprüche I und II hinsichtlich einer Menge von 5.754,18 Gramm Heroin tateinheitlich mit § 12 Abs. 3 Z. 3 SuchtgiftG das Finanzvergehen der Abgabenhelderei nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG anzunehmen. Das Quantum von 5.754,18 Gramm Heroin ergibt sich aus der um 4 kg reduzierten, urteilsmäßig festgestellten Gesamtmenge von 9.754,18 Gramm. Darauf entfallen (siehe EvBl. 1987/128), ausgehend von einem konstatierten Zollwert von 850.000 S pro Kilogramm, Eingangsabgaben von 1.683.385 S (Zoll: 575.418 S, EUST.: 1.093.294 S, Ausfuhrförderungsbeitrag: 14.673 S), womit die Strafdrohung 3.366.770 S erreicht (§ 37 Abs. 2 FinStrG). Auf der Grundlage der erstrichterlichen Tatsachenfeststellungen war daher das angefochtene Urteil im Schuldspruch III

wegen des Vergehens nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG rücksichtlich einer Teilmenge von 4 kg Heroin sowie demgemäß auch im Strafausspruch nach dem Finanzstrafgesetz aufzuheben sowie unter Beachtung des § 290 Abs. 2 StPO mit einer Neubemessung der Strafe für den aufrecht bleibenden Teil des Schuldspruchs nach § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG vorzugehen.

Dabei war erschwerend kein Umstand, mildernd waren hingegen das Geständnis des Angeklagten und seine Unbescholtenheit. Unter Abwägung dieser Strafzumessungsgründe sowie unter Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse des Angeklagten (Sorgepflicht für Gattin und ein Kind im Heimatland) sowie seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit (als Hilfsarbeiter im Besitz von zwei Personenkraftwagen) erschien die aus dem Spruch ersichtliche Geldstrafe tat- und tätergerecht (§ 23 Abs. 3 FinStrG). Die Ersatzfreiheitsstrafe ist der verhängten Geldstrafe adäquat.

Zu den Berufungen:

Nach § 12 Abs. 3 SuchtgiftG wurde vom Erstgericht über den Angeklagten eine siebenjährige Freiheitsstrafe verhängt, wobei als erschwerend die überaus große Suchtgiftmenge von insgesamt 10 kg Heroin (siehe oben zu § 281 Abs. 1 Z. 11 StPO) sowie das Zusammentreffen eines Verbrechens und eines Vergehens nach dem Suchtgiftgesetz, als mildernd hingegen die Unbescholtenheit des Angeklagten, sein Geständnis, die Tatsache, daß das Verbrechen beim Versuch geblieben und das gesamte Suchtgift sichergestellt worden ist, gewertet wurden.

Die Berufung der Staatsanwaltschaft begehrt eine Straferhöhung, jene des Angeklagten eine Reduktion der Freiheitsstrafe. Nur die Staatsanwaltschaft ist im Recht. Beide Berufungen räumen die vollständige Aufzählung der Strafzumessungsgründe ein, doch deren Gewichtung durch das Erstgericht war, folgend der Anklagebehörde und entgegen der Meinung des Berufungswerbers, in der Tat unzutreffend. Dem Vorbringen des Angeklagten, daß er in der Drogenhändlerhierarchie nicht führend tätig gewesen sei, genügt es, mit dem Hinweis auf den nicht angewendeten Abs. 4 des § 12 SuchtgiftG zu begegnen. Die Menge der allein unter § 12 Abs. 3 Z. 3 SuchtgiftG fallenden harten Droge hat das Einhundertsechzigfache des dort strafbestimmenden Ausmaßes erreicht und war schon damit - ungeachtet der vorrätig gehaltenen weiteren 4 kg Heroin - so groß, daß daraus nicht nur eine gar nicht abzuschätzende Gefahr für die Gesundheit von Menschen, sondern, wie die Tatplanung zeigt, auch eine solche der international tätigen Verbrecher zu ersehen ist. Dem ist nach dem Willen des Gesetzgebers mit den Mitteln des Strafrechts zu begegnen. Deren ohnehin nur teilweise Ausschöpfung ist tat- und schuldangemessen.

#### **Anmerkung**

E19162

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0130OS00106.89.1109.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19891109\_OGH0002\_0130OS00106\_8900000\_000

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

© 2026 JUSLINE

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

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