

# TE OGH 1982/6/29 11Os83/82

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 29.06.1982

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, Dr. Walenta, Dr. Schneider und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Stolfa als Schriftführers in der Strafsache gegen Talat A wegen des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 SGG, § 15 StGB und anderer strafbarer Handlungen nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengerichtes vom 1. März 1982, GZ 6 g Vr 11110/80-62, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde wird gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, in den Strafaussprüchen nach dem § 12 Abs. 4 SGG sowie nach den §§ 35 und 38 FinStrG aufgehoben und die Strafsache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Akten werden dem Oberlandesgericht Wien zur Entscheidung über die Berufung zugeleitet.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 1. April 1947 geborene türkische Staatsangehörige Talat A des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 SGG in Verbindung mit dem § 15 StGB, teilweise als Beteiligter nach dem § 12 StGB, des Vergehens nach dem § 16 Abs. 1 Z 2 SGG sowie des Vergehens nach den §§ 35 (Abs. 1), 38 (Abs. 1 lit a) FinStrG und '§ 15 StGB', zum Teil als Beteiligter 'nach dem § 12 StGB', schuldig erkannt und nach dem § 12 Abs. 1 SGG unter Anwendung des § 28 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von dreieinhalb Jahren verurteilt. Neben einem Verfallsausspruch gemäß dem § 12 Abs. 3 SGG wurden gemäß dem Abs. 4 dieser Gesetzesstelle eine Verfallsersatzstrafe in der Höhe von 500.000 S, im Nichteinbringungsfall ein halbes Jahr Ersatzfreiheitsstrafe, sowie gemäß den §§ 35, 38 FinStrG eine Geldstrafe in der Höhe von 200.000 S, im Nichteinbringungsfall drei Monate Ersatzfreiheitsstrafe, verhängt. Ersichtlich nur den Schulterspruch wegen des Verbrechens nach dem Suchtgiftgesetz bekämpft der Angeklagte mit einer ausdrücklich auf die Z 9 lit a des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

Diese sich der Sache nach als Mängelrüge (§ 281 Abs. 1 Z 5 StPO) darstellende Beschwerde gelangte nicht zur gesetzmäßigen Darstellung, weil sie mit der Behauptung, das Erstgericht habe die Verantwortung des Angeklagten unerörtert gelassen, die ihn belastenden Zeugen überhaupt nicht zu kennen, die in den Entscheidungsgründen wiedergegebenen, die Rechtfertigung des Angeklagten in gedrängter Darstellung (§ 270 Abs. 2 Z 5 StPO) erledigenden

erstgerichtlichen Erwägungen ignoriert und mit dem Hinweis auf die Möglichkeit anderer als der vom Erstgericht gezogenen Schlußfolgerungen keinen formellen Begründungsmangel aufzeigt, sondern nur in unzulässiger Weise die im Schöffengerichtsverfahren unanfechtbare Beweiswürdigung bekämpft.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher gemäß dem § 285 d Abs. 1 Z 1 StPO in Verbindung mit dem § 285 a Z 2 StPO bereits in nichtöffentlicher Sitzung zurückzuweisen.

Zur Maßnahme gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO:

Zur Begründung der über den Angeklagten Talat A gemäß dem § 12 Abs. 4 SGG verhängten Geldstrafe (Verfallsersatzstrafe) in der Höhe von 500.000 S wird im Ersturteil nur ausgeführt, daß sich diese Verfallsersatzstrafe am 'Schwarzmarktwert' des nicht ergriffenen Suchtgiftes orientiere (S 449 d.A); weitere Feststellungen über die für die Höhe der Verfallsersatzstrafe maßgebende Bemessungsgrundlage fehlen.

Gemäß dem § 12 Abs. 4 SGG ist (ersatzweise) auf eine Geldstrafe in der Höhe des Wertes der - den Gegenstand der strafbaren Handlungen nach dem § 12 Abs. 1 SGG (§ 15 StGB) bildenden - Sachen oder ihres Erlöses zu erkennen, wenn die Sachen oder ihr Erlös nicht ergriffen werden können oder wenn nicht auf Verfall erkannt wird. Dem Gericht ist somit nach dieser Gesetzesstelle insoweit kein Ermessensspielraum eingeräumt (ÖJZ-LSK 1981/16), als es zwingend eine Geldstrafe in der Höhe des Wertes der nicht ergriffenen oder nicht für verfallen erklärten Suchtgiftmenge oder ihres Erlöses auszusprechen hat. Für die Höhe dieses Verfallsersatzes ist im Fall des Verkaufes des Suchtgiftes der tatsächlich erzielte Erlös, sofern er feststellbar ist (und nicht Momente der Schenkung überwiegen) maßgebend, sonst der gemeine Wert des (dem Schulterspruch nach dem § 12 Abs. 1 SGG, allenfalls in Verbindung mit dem § 15 StGB zugrundeliegenden) Suchtgiftes (vgl ÖJZLSK 1977/338; 1978/156). Zunächst läßt sich dem Ersturteil nun nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit entnehmen, ob die dem Angeklagten Talat A gemäß dem § 12 Abs. 4 SGG auferlegte Geldstrafe (Verfallsersatzstrafe) in der Höhe von 500.000 S nicht allenfalls auch die den Gegenstand seines unter Punkt A/1 bezeichneten Schulterspruch nach den §§ 12 Abs. 1 SGG; 12, 15 StGB bildende Heroinmenge von 200 Gramm umfaßt, die schon in Griechenland (bei Günther B im Zuge seines vom Angeklagten initiierten Vorhabens, dieses Suchtgift von der Türkei über Griechenland nach Österreich zu bringen) von der griechischen Zollbehörde sichergestellt und deren Beschlagnahme in dem gegen Günther B gefällten Urteil des Oberlandesgerichtes zu Thrazien vom 18. September 1980

bzw des Oberlandesgerichtes zu Thessaloniki vom 15. Mai 1981 angeordnet wurde (vgl S 309, 313, 373 und 383 d.A). Hinsichtlich dieser bereits in Griechenland - wenn auch von einer ausländischen Behörde - beschlagnahmten und der Sache nach für verfallen erklärten Suchtgiftmenge (von 200 Gramm Heroin) lägen die Voraussetzungen für die Verhängung einer Verfallsersatzstrafe nach dem § 12 Abs. 4 SGG (oder nach dem § 19 Abs. 1 FinStrG) nicht vor, weil deren Zweck schon durch die im Ausland vollzogene 'Beschlagnahme' erreicht wurde (ÖJZ-LSK 1978/254). Denn eine Verfallsersatzstrafe nach dem § 12 Abs. 4 SGG (bzw eine Wertersatzstrafe nach dem § 19 Abs. 1 FinStrG) substituiert nur den nicht vollziehbaren Verfall des Suchtgiftes oder des Erlöses (ÖJZ-LSK 1979/28).

Nach den Urteilsfeststellungen zu dem unter Punkt A/2 bezeichneten Schulterspruch hatte der Angeklagte Talat A die diesem Schulterspruch (nach dem § 12 Abs. 1 SGG) zugrundeliegende Heroinmenge von 210 Gramm bis auf einen im Inland uichergestellten Rest von 10 Gramm in Wien an unbekannte Personen in kleinen Teilmengen weiterverkauft (S 444/445 d.A). Aus dem Ersturteil geht aber nicht hervor, welche Erlöse der Angeklagte hiebei erzielte, desgleichen fehlt darin - falls das Erstgericht den vom Angeklagten beim Weiterverkauf des Suchtgiftes erzielten Erlös für nicht mehr feststellbar erachtet haben sollte - aber auch eine Feststellung über den Wert der von ihm weiterverkauften (und nicht mehr greifbaren) Suchtgiftmenge (von 200 Gramm Heroin). Der nicht näher konkretisierte Hinweis im Ersturteil auf den Schwarzmarktwert des Suchtgiftes ist unzureichend, weil er keine Aussage über dessen (ziffernmäßige) Höhe enthält.

Außerdem ist im vorliegenden Fall noch zu beachten, daß in Ansehung der im Urteilssatz unter Punkt A/2 angeführten Suchtgiftmenge der an der Straftat des Angeklagten Talat A nach dem § 12 Abs. 1 SGG durch Verwahrung des Suchtgiftes in seiner Wiener Wohnung beteiligte (§ 12 StGB) Horst C in dem gesondert beim Landesgericht für Strafsachen Wien zu 24 b Vr 11.228/79 geführten Strafverfahren (vgl S 1 und ON 7 d. A) bereits verurteilt wurde (vgl S 203 d.A). Ob und in welcher Höhe Horst C eine Verfallsersatzstrafe gemäß dem § 12 Abs. 4 SGG im Zusammenhang mit der hier in Rede stehenden (vom Angeklagten in der Wohnung des Horst C verwahrten und sodann zum Großteil

weiterverkauften) Heroinmenge auferlegt wurde, läßt sich mangels entsprechender Feststellungen dem Ersturteil nicht entnehmen (und ist auch aus dem vorliegenden Strafakt gegen den Angeklagten Talat A nicht ersichtlich).

Sind aber, wie vorliegend, mehrere (hier zwei), wenn auch gesondert verfolgte Personen, sei es als unmittelbare Täter oder als Beteiligte (hier: durch einen sonstigen Tatbeitrag nach dem § 12, dritter Fall StGB) an ein- und derselben nach dem § 12 Abs. 1 SGG strafbaren Tat beteiligt, ist eine Verfallsersatzstrafe gemäß dem § 12 Abs. 4 SGG, die - wie bereits erwähnt - bloß den nicht vollziehbaren Verfall des Suchtgifts oder des Erlöses substituiert, insgesamt nur einmal bis zur Höhe des (gemeinen) Wertes des dieser Tat zugrundeliegenden Suchtgifts (soweit weder dieses noch ein aus dessen Veräußerung erzielter Erlös sichergestellt werden konnte) bzw des (bei der Veräußerung erzielten und nicht mehr greifbaren) Erlöses aufzuerlegen (ÖJZ-LSK 1977/106), wobei eine entsprechende Aufteilung auf die jeweils an derselben Tat (sei es als unmittelbare Täter oder als Bestimmungs- oder Beitragstäter) Beteiligten derart vorzunehmen ist (13 Os 61/81), daß insgesamt die nach § 12 Abs. 4 SGG vorgesehene Höhe der Verfallsersatzstrafe bei sonstiger Nichtigkeit des bezüglichen Ausspruches des Gerichtes nicht überschritten werden darf (vgl ÖJZLSK 1977/106; 1979/28). Es ist aber auch die im Ersturteil (gemäß dem § 22 Abs. 1 FinStrG) gesondert - neben dem Strafausspruch gemäß dem § 12 Abs. 1 SGG - über den Angeklagten für das ihm zur Last fallende Finanzvergehen des teils vollendeten, teils versuchten Schmuggels nach den §§ 35 (Abs. 1), 38

(Abs. 1 lit a), 13 FinStrG, zum Teil auch als Beteiligter nach dem § 11 FinStrG - das Ersturteil enthält in diesem Zusammenhang die verfehlte Zitierung der §§ 12, 15 StGB -

nach den §§ 35, 38 FinStrG ausgemessene Geldstrafe von 200.000 S infolge eines Feststellungsmangels mit dem sich allenfalls zum Nachteil des Angeklagten auswirkenden materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrund der Z 11 des § 281 Abs. 1 StPO behaftet:

Angesichts der im Ersturteil als erwiesen angenommenen gewerbsmäßigen Begehung des vorerwähnten Finanzvergehens durch den Angeklagten Talat A richtet sich die Strafdrohung nach dem § 38 Abs. 1 FinStrG in Verbindung mit dem § 35 Abs. 4 FinStrG. Danach ist auf Geldstrafe bis zum Vierfachen des auf die (geschmuggelte) Ware entfallenden Abgabenbetrages zu erkennen. Dieser für die Strafbemessung maßgebende (strafbestimmende) Wertbetrag muß daher - bei sonstiger Nichtigkeit im Sinn der Z 11 des § 281 Abs. 1 StPO - dem Urteil ziffernmäßig zu entnehmen sein. Hiezu enthält aber das Ersturteil nur hinsichtlich der vom Angeklagten nach Österreich geschmuggelten 210 Gramm Heroin (Punkt A/2 des Urteilssatzes) die Feststellung, daß insoweit der 'Gesamtschaden' (ersichtlich gemeint: der auf dieses geschmuggelte Suchtgift entfallende Abgabenbetrag) 63.210 S beträgt. Im Ersturteil fehlt aber jede Feststellung über den Abgabenbetrag, der auf die unter Punkt A/1 angeführte Heroinmenge von 200 Gramm entfällt, hinsichtlich welcher dem Angeklagten Talat A nach den Urteilsfeststellungen (vgl S 442 d.A) bei rechtsrichtiger Beurteilung das Finanzvergehen des (gewerbsmäßig begangenen) Schmuggels nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a FinStrG in der Erscheinungsform der (vollendeten) Bestimmungstäterschaft nach dem § 11, zweiter Fall, FinStrG (und nicht, wie im Urteilssatz verfehlt zum Ausdruck gebracht wird, versuchter Schmuggel - vgl S 438 d.A) zur Last liegt. In den Entscheidungsgründen des Ersturteils wird nur kurz darauf verwiesen, daß bei der Strafbemessung (nach den §§ 35, 38 FinStrG) auch der 'versuchte Schmuggel' von 200 Gramm Heroin (Faktum Griechenland) zu berücksichtigen war (S 449/450 d.A). Es fehlt aber eine Feststellung, wie hoch der auf dieses Faktum entfallende wertbestimmende Betrag tatsächlich ist. Kann aber der (insgesamt) strafbestimmende Wertbetrag - wie hier - (ziffernmäßig) weder dem Urteilsspruch noch den Urteilsgründen entnommen werden, so liegt ein Feststellungsmangel im Sinn der Z 11 des § 281 Abs. 1 StPO vor.

Die aufgezeigten, den Aussprüchen des Erstgerichtes über die dem Angeklagten Talat A gemäß dem § 12 Abs. 4 SGG auferlegte Verfallsersatzstrafe sowie über die gemäß den §§ 35, 38 FinStrG verhängte Geldstrafe anhaftenden und Urteilsnichtigkeit nach dem § 281 Abs. 1 Z 11 StPO bewirkenden Feststellungsmängel, die vom Obersten Gerichtshof nicht behoben werden können, erfordern, zumal sie dem Angeklagten zum Nachteil gereichen können, in amtswegiger Wahrnehmung dieses materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten die Aufhebung des Ersturteils in den erwähnten Aussprüchen und die Zurückverweisung der Sache an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung.

Diese Entscheidung konnte vom Obersten Gerichtshof bereits bei einer nichtöffentlichen Beratung gemäß dem § 285 e StPO getroffen werden. Bemerkt sei noch, daß das Ersturteil auch insoweit mit dem - ungerügt gebliebenen - sich allenfalls zum Nachteil des Angeklagten Talat A auswirkenden materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrund der Z 11 des §

281 Abs. 1

StPO behaftet ist, als die dort gemäß dem § 38 Abs. 1 (Z 1) StGB berücksichtigte Vorhaft nur auf die - nach dem Suchtgiftgesetz verhängte - Freiheitsstrafe, entgegen der vorziterten Gesetzesstelle, aber auch entgegen der Bestimmung des § 23 Abs. 4 FinStrG, nicht auf sämtliche im Ersturteil sowohl nach dem Suchtgiftgesetz als auch nach dem Finanzstrafgesetz über den Angeklagten verhängten Strafen, sohin auch auf die Verfallsersatzstrafe nach dem Suchtgiftgesetz und auf die Geldstrafe nach dem Finanzstrafgesetz, angerechnet wurde (SSt 50/67). Eine Ergänzung des erstgerichtlichen Ausspruchs über die Vorhaftanrechnung durch den Obersten Gerichtshof gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO (durch urteilsmäßige Anrechnung der Vorhaft auch auf die Verfallsersatzstrafe und auf die Geldstrafe nach dem Finanzstrafgesetz) kann aber im Hinblick auf die - wie bereits aufgezeigt - erforderliche Aufhebung des Ersturteils in seinen Aussprüchen über die Verfallsersatzstrafe und die Geldstrafe (nach dem Finanzstrafgesetz) nicht vorgenommen werden. Dies wird vielmehr Sache des Erstgerichtes sein, das im zweiten Rechtsgang nach Vornahme der erforderlichen (im angefochtenen Urteil fehlenden) Feststellungen die den Angeklagten treffende Verfallsersatzstrafe nach dem § 12 Abs. 4 SGG sowie die gemäß den §§ 35, 38 FinStrG in Verbindung mit dem § 22 Abs. 1 FinStrG zu verhängende Geldstrafe neu festzusetzen haben wird. Hiebei wird vom Erstgericht gegebenenfalls das Verschlimmerungsverbot der §§ 290 Abs. 2, 293 Abs. 3 StPO zu beachten sein.

Zur Entscheidung über die ausschließlich gegen die Freiheitsstrafe gemäß dem § 12 Abs. 1 SGG gerichtete Berufung des Angeklagten waren die Akten dem hiefür zuständigen Oberlandesgericht Wien zuzuleiten; dies aus der Erwägung, daß zufolge der Bestimmungen der §§ 15; 280, 294

StPO die Erledigung einer Berufung grundsätzlich in die Kompetenz des Gerichtshofes zweiter Instanz fällt und dem Obersten Gerichtshof die Zuständigkeit zur Erledigung der Berufung gemäß dem § 296 Abs. 1 StPO nur ausnahmsweise aus Gründen des Sachzusammenhangs übertragen ist. Diese Kompetenz des Obersten Gerichtshofes zur Entscheidung über die Berufung greift aber nur Platz, wenn über eine vorliegende Nichtigkeitsbeschwerde meritorisch abgesprochen wird; dies trifft hier nicht zu. Da die aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten von Amts wegen durch den Obersten Gerichtshof vorzunehmende Maßnahme gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO (in Ansehung der Aussprüche des Erstgerichtes über die Verfallsersatzstrafe nach dem § 12 Abs. 4 SGG und über die Geldstrafe nach dem Finanzstrafgesetz) gleichfalls bei einer nichtöffentlichen Beratung getroffen werden (§ 285 e StPO) und daher die Anordnung eines Gerichtstages zur öffentlichen Verhandlung vor dem Obersten Gerichtshof im vorliegenden Fall überhaupt unterbleiben kann, fehlt es an dem vor allem auf prozeßökonomischen Erwägungen beruhenden, die Zuständigkeit des Obersten Gerichtshofes zur Entscheidung über die Berufung des Angeklagten begründenden Sachzusammenhang (vgl hiezu auch 13 Os 163/81, 12 Os 149/80, sowie RZ 1970, S 17, 18; 1973/106, S 70). Es war daher spruchgemäß zu erkennen.

#### **Anmerkung**

E04154

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

ECLI:AT:OGH0002:1982:0110OS00083.82.0629.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19820629\_OGH0002\_0110OS00083\_8200000\_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)