

# TE OGH 1982/4/20 100s169/81

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.04.1982

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 20.April 1982 unter dem Vorsitz des Hofrates des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Schneider, Dr. Friedrich, Dr. Hörburger und Dr. Lachner als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Skreinig als Schriftführerin in der Strafsache gegen Rafet A wegen des Verbrechens wider die Volksgesundheit nach § 15 StGB, § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. und einer anderen strafbaren Handlung über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 6.August 1981, GZ. 8 Vr 1458/81-37, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Hörburger, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Schlick und des Vertreters der Generalprokurator, Erster Generalanwalt Dr. Nurscher, zu Recht erkannt:

## Spruch

Es wird der Nichtigkeitsbeschwerde teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, welches im übrigen unberührt bleibt, im Ausspruch über die Verhängung einer Geldstrafe nach § 12 (Abs. 1, letzter Satz), Abs. 2

SuchtgiftG. (einschließlich der Ersatzfreiheitsstrafe) aufgehoben und gemäß§ 288 Abs. 2 Z. 3 StPO in diesem Umfang in der Sache selbst erkannt:

Rafet A wird gemäß § 12 Abs. 1, letzter Satz, Abs. 2 SuchtgiftG. zu einer Geldstrafe von 225.000 S (zweihundertfünfundzwanzigtausend Schilling), für den Fall der Uneinbringlichkeit zu 1 (einem) Jahr Ersatzfreiheitsstrafe verurteilt.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Gemäß§ 290 Abs. 1 StPO wird der Ausspruch gemäß§ 38 StGB, § 23 Abs. 4 und 5 FinStrG. dahin ergänzt, daß die Vorhaft auch auf die nach § 12 Abs. 1 letzter Satz, Abs. 2 SuchtgiftG. und nach § 38 Abs. 1 FinStrG. verhängten Geldstrafen angerechnet wird. Der Berufung wird teilweise und zwar bezüglich der nach § 38 Abs. 1 FinStrG. verhängten Geldstrafe Folge gegeben und diese Strafe auf 4,500.000 S (vier Millionen fünfhunderttausend Schilling), für den Fall der Uneinbringlichkeit auf 10 (zehn) Monate Ersatzfreiheitsstrafe herabgesetzt.

Der Berufung gegen die Freiheitsstrafe nach § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. wird nicht Folge gegeben.

Im übrigen wird der Angeklagte mit seiner Berufung auf diese Entscheidung verwiesen.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der Angeklagte Rafet A des Verbrechens (wider die Volksgesundheit) nach § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. und (richtig: in der Erscheinungsform des Versuchs gemäß§ 15 StGB (Punkt 1. des Urteilssatzes)

sowie des Finanzvergehens des (zu ergänzen:

versuchten) Schmuggels nach § 11 (offenbar gemeint und richtig: 13), 35 Abs. 1 und - im Spruch allerdings an anderer Stelle angeführt - 38 Abs. 1 lit. b FinStrG.

(Punkt 2.) schuldig erkannt und unter anderem gemäß § 12 (zu ergänzen: Abs. 1, letzter Satz,) Abs. 2 SuchtgiftG. zu 30 Millionen S Geldstrafe, im Uneinbringlichkeitsfall 1 Jahr Ersatzfreiheitsstrafe, verurteilt, weil er am 26.April 1981 in Spielfeld als Mitglied einer Bande vorsätzlich versuchte, (zu 1.) den bestehenden Vorschriften zuwider 10,10 kg Heroin, also Suchtgift in solchen Mengen einzuführen, daß daraus in größerer Ausdehnung eine Gefahr für das Leben und die Gesundheit von Menschen entstehen konnte, sowie (zu 2.) diese eingangsabgabepflichtige Ware den Zollorganen zu verheimlichen, indem er mit dem in einem besonderen Versteck seines PKWs. verborgenen Suchtgift die Grenzkontrolle passieren wollte.

Dieses Urteil bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Z. 5, 9 lit. a, 10 und 11 des§ 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

Die Mängelrüge (Z. 5) bezeichnet die Urteilsannahme, der Angeklagte sei in einer bandenmäßig aufgebauten Organisation tätig gewesen und habe den Auftrag gehabt, das Suchtgift von Istanbul nach Österreich zu schmuggeln, als unzureichend begründet; nach ihrer Argumentation sei der betreffende Ausspruch nur eine weder durch weitere Urteilstestatierungen noch durch die Ergebnisse des Verfahrens gedeckte Behauptung. Mit diesem Vorbringen ist jedoch die Beschwerde verfehlt.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die angefochtene Feststellung leitete das Erstgericht - unter ausdrücklicher Ablehnung der gesamten Tatversion im Zusammenhang mit der (als bloße Ausflucht gewerteten) Verantwortung des Angeklagten, er sei der Meinung gewesen, für einen gewissen 'Hamdi' 2 kg Schmuck oder Gold zu schmuggeln, aber keineswegs nur daraus, sondern - logisch sowie lebensnah und damit zureichend begründet einerseits aus dem Umstand ab, daß die Sicherheitsbehörden durch eine anonyme Anzeige auf die Fahrt des Angeklagten aufmerksam gemacht wurden, was - wie es hieraus sehr wohl folgerichtig schloß - auf eine solche Verankerung des Angeklagten im Heroinhandel hinweise, daß es Konkurrenten wert fanden, ihn den Behörden auszuliefern; andererseits gewann es diese Überzeugung aus dem festgestellten Tathergang: hiezu argumentierte es im Einklang mit den Denkgesetzen und der forensischen Erfahrung, daß nur eine organisierte Bande in der Lage gewesen sei, über derart große Suchtgiftmengen zu verfügen und diese im Rahmen einer ausgebauten Organisation zu verteilen. Mit seinen Gegenargumenten unternimmt der Beschwerdeführer nur einen unzulässigen Angriff auf die erstrichterliche Beweiswürdigung. Soweit aber unter diesem Nichtigkeitsgrund (in sachlicher Ausführung einer Rechtsrüge) zur Bandenqualifikation Feststellungsmängel (Z. 10) über den Zusammenschluß des Angeklagten mit seinen angeblichen Komplizen 'Hamdi' und 'Mehmed' zur fortgesetzten Begehung von Suchtgiftdelikten oder Schmuggelfahrten geltend gemacht werden, setzt sich die Beschwerde darüber hinweg, daß das Erstgericht gar nicht davon ausging, daß er (gerade) mit den Genannten eine Bande (erst) gebildet hätte, sondern vielmehr als erwiesen annahm, er sei zu (irgend-) einer bereits bestehenden Bande hinzugestoßen und habe es in deren Rahmen übernommen, das Suchtgift nach Österreich zu transportieren; weil sie nicht an diesen (die Annahme einer bandenmäßigen Begehung deckenden - vgl. LSK. 1979/46, 10 Os 132/80) Konstatierungen festhält, bringt sie den damit geltend gemachten materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrund nicht zur prozeßordnungsgemäßen Darstellung.

Die vorerwähnten Urteilsannahmen, wonach der Angeklagte im Rahmen einer Bande damit beauftragt war, das bei ihm sichergestellte Suchtgift nach Österreich zu schmuggeln, dementsprechend also effektiv wußte, daß er mehr als 10 kg Heroin transportierte, übergeht auch die weitere Rechtsrüge bei ihrem Vorbringen, das Urteil enthalte keine Feststellungen darüber, ob sich sein (zumindest) bedingter Vorsatz auf den Schmuggel von Suchtgift (und nicht - bloß - von Gold oder Goldschmuck) erstreckt habe; sie ist daher - weil sie auch insoweit nicht von dem als erwiesen angenommenen Sachverhalt ausgeht - abermals nicht gesetzmäßig ausgeführt. Angesichts der in Rede stehenden unmißverständlichen und mängelfreien Konstatierung, daß der Beschwerdeführer wissentlich (§ 5 Abs. 3 StGB) Heroin einzuschmuggeln versuchte, kommt den ihr vorangestellten Argumenten des Schöffengerichts gegen die Glaubwürdigkeit und gegen die (hypothetische) Relevanz seiner ein derartiges Wissen leugnenden Verantwortung augenscheinlich bloß der Charakter beweiswürdiger Erwägungen und nicht etwa von Feststellungen zu, sodaß die

darauf bezogene Rechtsrüge - der zu bestätigen ist, daß aus den dort formulierten Wendungen der Urteilsbegründung für sich allein tatsächlich nur die Annahme einer Fahrlässigkeit (§ 6 StGB) abgeleitet werden könnte - deswegen vollends fehlgeht.

Eine (weitere) Nichtigkeit nach § 281 Abs. 1 Z. 10

- der Sache nach indessen (primär) Z. 3 in bezug auf § 260 Abs. 1 Z. 2 - StPO erblickt der Angeklagte darin, daß das Urteil insoweit 'etwas widersprüchlich' sei, weil es 'am Anfang des Spruches' (gemeint offenbar: bei der Tatbeschreibung - § 260 Abs. 1 Z. 1 StPO) heiße, er habe zu schmuggeln versucht, wogegen 'im weiteren Verlauf des Spruches' (gemeint anscheinend: bei der Subsumtion - § 260 Abs. 1 Z. 2 StPO) ein Hinweis auf § 13 FinStrG. fehle, sodaß ihm 'nicht ganz klar' sei, ob er nun rechtsrichtig wegen versuchten oder (rechtlich verfehlt) wegen vollendeten Schmuggels verurteilt worden sei.

Auch darin kann dem Beschwerdeführer nicht gefolgt werden. Denn ungeachtet dessen, daß bei der rechtlichen Beurteilung (Z. 2) der (einheitlichen) Tat (Z. 1) sowohl beim Verbrechen nach § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. als auch beim Finanzvergehen des Schmuggels nach § 35 Abs. 1 FinStrG.

die damit angenommene Entwicklungsstufe (Erscheinungsform) beider Delikte jeweils als Versuch nicht in Worten angeführt wurde, wie es angebracht gewesen wäre, kann eben diese Subsumtion doch immerhin aus der Zitierung des § 15

StGB (in Verbindung mit § 12 Abs. 1 SuchtgiftG.) einerseits sowie der ersichtlich gemeinten analogen (Versuchs-) Bestimmung des Finanzstrafgesetzes (in Verbindung mit § 35 Abs. 1 FinStrG.) anderseits, die allerdings infolge eines (im Hinblick auf die Alleintäterschaft des Angeklagten) offenkundigen bloßen (aus der Anklageschrift übernommenen) Schreibfehlers als '§ 11' statt als § 13 bezeichnet wurde, im Zusammenhang mit der ausdrücklichen Verwendung des Wortes 'versucht' im Schulterspruch (Z. 1) noch mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden. In diesem Umfang war daher die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen. Hingegen kommt ihr insoweit Berechtigung zu, als sie mit Bezug auf Z. 11 des § 281 Abs. 1 StPO die Höhe der nach § 12 (Abs. 1, letzter Satz,) Abs. 2 SuchtgiftG. verhängten Geldstrafen bekämpft. Das gesetzliche Höchstmaß dieser (fakultativ angedrohten) Nebenstrafe beträgt nämlich nach dem letzten Satz des § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. 225.000 S. Gemäß Abs. 2 der in Rede stehenden Strafbestimmung kann es zwar bis zum Doppelten jenes Nutzens überschritten werden, der durch die strafbare Handlung erzielt worden ist oder erzielt werden sollte, falls der gesetzliche Strafraum nicht dazu ausreicht, die Geldstrafe - wie vorgeschrieben - so zu bemessen, daß sie den vorerwähnten Nutzen übersteigt, doch liegen diese Voraussetzungen im gegebenen Fall nicht vor. Denn im Hinblick darauf, daß eine Berechnung des Nutzens deshalb nicht möglich ist, weil für die Höhe der Gestehungskosten, die vom (erzielten oder angestrebten) Verkaufspreis des nach den Urteilsfeststellungen (S. 147) zur Verteilung bestimmten Suchtgifts in Abzug gebracht werden müßten (vgl. EvBl. 1972/257 u.a.), keinerlei Anhaltspunkt vorliegt, hätte hier die Geldstrafe - und zwar selbst dann, wenn man auf den vom Angeklagten persönlich erstrebten Nutzen in der Höhe von angeblich etwa 10.000 bis 15.000 DM als Entlohnung für die Schmuggelfahrt zurückgreift - jedenfalls nur innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Strafsatzes ausgemessen werden dürfen. Durch ihre Bemessung mit 30 Millionen S hat das Schöffengericht folglich dessen Obergrenze überschritten. In demgemäß nichtigen Teil des Strafausspruchs war daher das angefochtene Urteil aufzuheben und die (jedenfalls gebotene) Geldstrafe neu zu bemessen. Mit Rücksicht auf die exorbitante Größe der tatgegenständlichen Heroinmenge mußte jedoch dabei und (dementsprechend) auch in Ansehung der Ersatzfreiheitsstrafe - ohne Rücksicht auf die innerhalb des Geldstrafrahmens gelegene Höhe des angestrebten Nutzens (vgl. EvBl. 1972/180 u.a.) - die gesetzliche Höchststrafe verhängt werden.

Eine nicht gerügte, jedoch gemäß § 290 Abs. 1 StPO von Amts wegen wahrzunehmende weitere Nichtigkeit des Urteils nach § 281 Abs. 1 Z. 11 StPO ist ferner darin gelegen, daß das Erstgericht gegen § 38 StGB sowie gegen die - für das Finanzstrafverfahren - korrespondierende Bestimmung des § 23 Abs. 4 und 5 FinStrG. verstieß, indem es die Vorhaft nur auf die (nach § 12 Abs. 1 SuchtgiftG.) verhängte Freiheitsstrafe und nicht auch auf die nach § 12 Abs. 1, letzter Satz, Abs. 2 SuchtgiftG. sowie nach § 38 Abs. 1 FinStrG. verhängten Geldstrafen anrechnete.

Wird in einem Urteil - wie hier - auf Strafen der einen und der anderen Art nebeneinander erkannt, so ist die Vorhaft im Urteil auf alle diese Strafen anzurechnen und erst anlässlich des Vollzugs die Anrechnung konkret vorzunehmen (Leukauf-Steininger, StGB2, § 38 StGB, RZ. 10 und 11).

Der Ausspruch über die Vorhaftanrechnung war daher entsprechend zu ergänzen.

Das Erstgericht verurteilte den Angeklagten (neben der bereits erwähnten Geldstrafe nach § 12 Abs. 1 letzter Satz, Abs. 2 SuchtgiftG.) nach der zweiten 'Strafstufe' des § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. - richtig zweiter Strafsatz, denn die genannte Gesetzesstelle normiert zwei Strafsätze:

einen einheitlichen gleitenden Strafsatz mit beweglicher Obergrenze (fünf Jahre, unter allgemeinen erschwerenden Umständen zehn Jahre, woraus sich zwei Strafstufen ergeben:

eine von einem Jahr bis zu fünf Jahren und eine weitere von einem Jahr bis zu zehn Jahren); sodann einen getrennten Strafsatz bei Begehung als Mitglied einer Bande, der also an diesen namentlich angeführten erschwerenden Umstand geknüpft ist und von einem Jahr bis zu zehn Jahren reicht, vgl. 13 Os 155/81 - zu sechs Jahren Freiheitsstrafe und nach § 35 Abs. 4, 38 Abs. 1 lit. b (richtig nur:

38

Abs. 1) FinStrG. zu einer Geldstrafe von neun Millionen S, für den Fall ihrer Uneinbringlichkeit zu zehn Monaten Ersatzfreiheitsstrafe. Bei der Strafbemessung wertete es die große Suchtgiftmenge und die Tatsache, daß es sich bei Heroin um ein besonders gefährliches Suchtgift handelt sowie den Umstand, daß der Angeklagte aus Gewinnsucht handelte, als erschwerend, als mildernd hingegen die Unbescholtenheit und daß es beim Versuch geblieben ist. Die auf Herabsetzung sämtlicher Strafen gerichtete Berufung, die in Ansehung der Geldstrafe nach § 12 Abs. 1

letzter Satz, Abs. 2 SuchtgiftG. gegenstandslos geworden ist, ist teilweise, und zwar bezüglich der Geldstrafe nach dem Finanzstrafgesetz, berechtigt.

Nicht begründet ist dieses Rechtsmittel insoweit, als eine Herabsetzung der nach dem Suchtgiftgesetz verhängten Freiheitsstrafe angestrebt wird.

Das Erstgericht hat die Strafzumessungsgründe im wesentlichen vollständig erfaßt und zutreffend gewürdigt.

Entgegen der Behauptung der Berufung bietet die Aktenlage keine Anhaltspunkte zur Annahme, daß der Berufungswerber an diesen strafbaren Handlungen nur in untergeordneter Weise beteiligt war. Bei sachgemäßem Abwägen der Erschwerungs- und Milderungsgründe unter Bedachtnahme der ihnen nach Lage des Falles (spezifisch) zukommenden Bedeutung zeigt sich, daß die nach § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. verhängte Freiheitsstrafe - der in der Berufung des Angeklagten vertretenen Auffassung zuwider - nach ihrer tat- und persönlichkeitsbezogenen Schuld (§ 32 StGB) keineswegs zu hoch ausgemessen wurde und namentlich auch - insbesondere bei Delikten nach dem Suchtgiftgesetz zu beachtende - Erwägungen der Generalprävention nicht außer acht läßt. Der Oberste Gerichtshof sah sich darum zu einer Strafermäßigung nicht veranlaßt.

Hingegen erweist sich die nach § 38 Abs. 1 FinStrG. nahe dem Höchstbetrag festgesetzte Geldstrafe im Hinblick auf die bei der Bemessung der Geldstrafe zu berücksichtigenden persönlichen Verhältnisse und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Angeklagten (§ 23 Abs. 3 FinStrG.) als überhöht und war auf das im Spruch ersichtliche Maß - unter Beibehaltung der vom Obersten Gerichtshof auch für diesen Betrag als angemessen erachteten Ersatzfreiheitsstrafe - herabzusetzen.

## Anmerkung

E03740

## European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1982:0100OS00169.81.0420.000

## Dokumentnummer

JJT\_19820420\_OGH0002\_0100OS00169\_8100000\_000

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