

# TE OGH 1982/2/17 11Os4/82

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.02.1982

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 17. Februar 1982

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. Payrhuber als Schriftführers in der Strafsache gegen Mostafa Badr A wegen des Verbrechens nach dem § 12 Abs 1 SuchtgiftG. und einer anderen strafbaren Handlung über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengerichtes vom 30. Juni 1981, GZ 6 e Vr 625/81-129, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrates des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Doczekal und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwaltes Dr. Tschulik, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde wird jedoch gemäß dem § 290 StPO das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, a) im Schulterspruch wegen des Finanzvergehens der Abgabenhehlerei nach dem § 37 Abs 1 lit a FinStrG. und demgemäß im Ausspruch über die Verhängung einer Geldstrafe gemäß dem § 37 Abs 2 FinStrG. sowie b) im Ausspruch über die Verhängung einer Verfallsersatzstrafe gemäß dem § 12 Abs 4 SuchtgiftG. aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte, insoweit sich dieses Rechtsmittel (auch) gegen die Verhängung der Verfallsersatzstrafe richtet, auf diese Entscheidung verwiesen.

Im übrigen wird der Berufung (gegen das Ausmaß der Freiheitsstrafe nach dem § 12 Abs 1 SuchtgiftG.) nicht Folge gegeben. Gemäß dem § 390 a StPO fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 23. September 1946 geborene Kaufmann Mostafa Badr A - ein ägyptischer Staatsangehöriger - des Verbrechens nach dem § 12 Abs 1 SuchtgiftG. (Punkt I. des Urteilsspruches) und des Finanzvergehens der Abgabenhehlerei nach dem § 37 Abs 1 lit a FinStrG. (Punkt II. des Urteilsspruches) schuldig erkannt und gemäß dem § 12 Abs 1 SuchtgiftG. zu einer Freiheitsstrafe, gemäß dem § 37 Abs 2

FinStrG. zu einer Geldstrafe und gemäß dem § 12 Abs 4 SuchtgiftG. zu einer Verfallsersatzstrafe in der Höhe von 300.000 S verurteilt. Ihm wird angelastet, im November 1980 in Wien I. vorsätzlich den bestehenden Vorschriften

zuwider Suchtgift in solchen Mengen in Verkehr gesetzt zu haben, daß daraus in größerer Ausdehnung eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen konnte, indem er dem gesondert verfolgten El Taher B 200 Gramm Heroin zum Weiterverkauf übergab, und II. diese Suchtgiftmenge, hinsichtlich deren ein Schmuggel begangen worden war, an sich gebracht und verhandelt zu haben.

Dieses Urteil bekämpft der Angeklagte mit einer auf die Z. 5, 8 und 10 des § 281 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde. Zum erstbezeichneten Nichtigkeitsgrund bemängelt der Beschwerdeführer die Begründung des angefochtenen Urteils als im Ausspruch über entscheidende Tatsachen unvollständig und offenbar nur unzureichend, weil sich das Erstgericht nicht genügend und in logisch einwandfreier Weise mit Widersprüchen in den belastenden Angaben des El Taher B und mit den Zeugenaussagen des Adel Ali C sowie des Mohammed D auseinandersetzt, zu Unrecht auf andere Beweismittel, welche die Aussage des B bestätigen, verwiesen und seine Verantwortung für unglaubwürdig erachtet habe; für den Ausspruch, er sei als Mitglied einer internationalen Suchtgiftbande tätig geworden, zu der auch C gehöre, lasse das Urteil überhaupt jede Begründung vermissen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Mängelrüge versagt.

Den wesentlichen Urteilsfeststellungen zufolge ließ der Angeklagte dem El Taher B, der sich bereit erklärt hatte, Interessenten für Heroin ausfindig zu machen, durch Adel Ali C 200 Gramm nach Österreich geschmuggeltes Heroin zum kommissionsweisen Verkauf übergeben; hievon wurden zunächst von B und dem (gleichfalls) gesondert verfolgten Kurt E 100 Gramm einem gewissen Kurt F, dann - nach drei erfolglosen Verkaufsversuchen -

von B und C je 25 Gramm dem Kurt F und dem Kellner Rudolf G, sowie die restlichen 50 Gramm von C einem unbekannten Personenkreis verkauft. Diese Annahmen stützte das Schöffengericht auf die Angaben des El Taher B, der sein schriftlich und später mündlich abgelegtes Geständnis auch in diesem Verfahren als Zeuge aufrechterhielt. Das Geständnis findet in den Entscheidungsgründen eine eingehende Erörterung, wobei nicht unberücksichtigt blieb, daß sich der Vernommene im Vorverfahren anfänglich leugnend verantwortete (vgl. Band II, S. 391 d.A.) und seine Angaben in nicht entscheidungswesentlichen Details - wie etwa zu der vom Beschwerdeführer relevierten Frage, ob die physische Übergabe des Suchtgiftes an B durch ihn persönlich oder über C geschehen sei (vgl. Band II, S. 302 und 362 d.A.) - divergieren (vgl. Band II, S. 400 d. A.). Überdies konnte das Erstgericht, durch die Aktenlage gedeckt, für seine Überzeugung, daß die Darstellung des B der Wahrheit entspricht, noch eine Reihe weiterer Beweismittel heranziehen, so insbesondere das auch den Beschwerdeführer belastende Eingeständnis des Kurt E bei der Gegenüberstellung mit B vor dem Untersuchungsrichter (vgl. Band I, S. 285 f.d.A.), die Zeugenaussage des Adel Ali C, der zwar den Beschwerdeführer entlastet, aber - im Gegensatz zu seiner bisherigen leugnenden Verantwortung - nunmehr seine Beteiligung an dem gegenständlichen Rauschgifthandel zugab, und die Angaben des Rudolf G, er sei im Zusammenhang mit der Weitergabe von Suchtgift vom Angeklagten A persönlich angesprochen worden (vgl. Band I, S. 321 a d.A.).

Die Erwägungen, auf Grund derer der Verantwortung des Angeklagten sowie den Zeugenaussagen des Adel Ali C und des Mohammed D der Glaube versagt wurde, werden in den Urteilsgründen gleichfalls in schlüssiger Weise dargelegt.

Soweit der Beschwerdeführer daher die Verlässlichkeit des Geständnisses des Zeugen B in Zweifel zieht und aufzeigen will, daß das Gericht auf Grund seiner Verantwortung und der beiden vorgenannten, ihn entlastenden Zeugenaussagen die Schuldfrage hätte verneinen müssen, stellen seine Ausführungen zur Mängelrüge in Wahrheit nur einen unzulässigen und demnach unbeachtlichen Angriff auf die Beweiswürdigung des Schöffengerichtes dar, ohne daß der Angeklagte in diesem Zusammenhang formelle Begründungsmängel in der Bedeutung der Z. 5 des § 281 Abs 1 StPO

aufzuzeigen vermag.

Zum Beschwerdeeinwand, das Urteil enthalte für die Konstatierung, der Angeklagte sei im Rahmen einer primär im Ausland befindlichen internationalen Suchtgiftbande tätig geworden, keine Begründung (bzw. zufolge des bloßen Hinweises, für das Gericht bestehe 'kein Zweifel' in dieser Richtung, nur eine Scheinbegründung), ist zu bemerken, daß wegen der dem Angeklagten angelasteten Delikte nach dem § 12 Abs 1 SuchtgiftG. und nach § 37 Abs 1 lit a FinStrG. eine Verurteilung als Mitglied einer Bande gar nicht stattfand. Denn wenn auch die (gegen das Tatkennzeichnungserfordernis des § 260 Abs 1 Z. 1 StPO verstößende) Unterlassung eines Ausspruches über

strafsatzverhindernde Umstände im Urteilsspruch eine Subsumtion der Tat unter die betreffende qualifizierende strafgesetzliche Bestimmung nicht hindern könnte, wenn die fehlenden Merkmale zumindest in den Entscheidungsgründen festgestellt wurden, so vermag sich der Angeklagte über einen bloß in die Urteilsgründe aufgenommenen Ausspruch dann nicht beschwert erachten, wenn dies im Schulterspruch keinen Niederschlag fand; eine solche Konstatierung könnte niemals die unterbliebene Unterstellung unter das Gesetz ersetzen (vgl. Mayerhofer-Rieder II/1, Nr. 13 und 93 zu § 260 StPO). Ebensowenig stellt die Anführung strafsatzqualifizierender Umstände in den Strafzumessungsgründen (vgl. Band II, S. 403 d.A.) einen ausreichenden Ersatz für das Fehlen eines gemäß dem § 260 Abs 1 Z. 1 bis 3 StPO verlangten Bestandteiles des Urteils dar (vgl. ÖJZ-LSK. 1981/181).

Damit erübrigt sich aber auch ein gesondertes Eingehen auf den unter dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z. 10 StPO erhobenen Vorwurf eines dem angefochtenen Urteil zur Qualifikation einer bandenmäßigen Tatbegehung anhaftenden Feststellungsmangels.

Urteilsnichtigkeit gemäß der Z. 8 des § 281 Abs 1

StPO macht der Beschwerdeführer mit der Behauptung geltend, durch seinen Schulterspruch wegen § 37 Abs 1 lit a FinStrG. sei die Anklage überschritten worden; zwischen den beiden ihm angelasteten Delikten bestehe nämlich nicht Idealkonkurrenz, sondern Realkonkurrenz, weil er sich einer Abgabenhehlerei schon durch die Übernahme des nach Österreich geschmuggelten Suchtgiftes schuldig gemacht habe.

Diese Ansicht erweist sich jedoch als unzutreffend:

Die Tatidentität geht nicht verloren und die Anklage wird nicht überschritten, wenn das Gericht, von der Anklage abweichend, die Tat nicht nur dem in der Anklage bezeichneten, sondern auch noch einem weiteren in Idealkonkurrenz verwirklichten Tatbestand unterstellt (vgl. Mayerhofer-Rieder, II/2, Nr. 5 zu § 281 Abs 1 Z. 8 StPO). Eine solche tateinheitliche Begehung liegt aber vor, wenn der Angeklagte Suchtgift in Kenntnis dessen, daß es nach Österreich geschmuggelt wurde, übernahm und sodann, seinem Tatplan entsprechend, durch Weitergabe in Verkehr setzte. In einem solchen Fall ist nicht Realkonkurrenz zwischen dem Verbrechen nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG. und Abgabenhehlerei anzunehmen, die bei Fehlen einer Anklageerhebung in der letztgenannten Richtung einen Schulterspruch unzulässig machen würde. Die gegenteilige Argumentation des Beschwerdeführers übersieht, daß zwar das Verwahren und Verhandeln von Schmuggelgut in dem vorangegangenen Ansichbringen zum Zweck der Weiterveräußerung aufgeht und bei Tatbestandsverwirklichung in beiden Begehungsformen dem Täter nicht gesondert strafrechtlich zugerechnet werden darf (vgl. 10 Os 20/74), daß aber der Tatbestand der Abgabenhehlerei - ebenso wie jener der Hehlerei nach dem § 164 StGB (vgl. ÖJZ-LSK.

1975/141, 1976/216; Liebscher im Wiener Kommentar, RN. 28 zu § 164 StGB) - in der Erscheinungsform des Ansichbringens ein Dauerdelikt darstellt, bei dem nicht nur die Herbeiführung, sondern auch die Aufrechterhaltung des verpunkteten Zustandes, demnach auch die weitere Verwahrung des Schmuggelgutes trotz der erlangten Kenntnis seiner wahren Herkunft strafbar ist; die dem § 37 Abs 1 lit a FinStrG. unterstellte Tathandlung des Angeklagten war folglich nicht schon mit der Übernahme des Suchtgiftes, sondern erst mit dessen Weitergabe beendet und fällt in ihrer letzten Phase mit dem Inverkehrsetzen des Suchtgiftes zusammen. Der rechtlichen Beurteilung des Verhaltens des Beschwerdeführers als auch von der Anklage wegen des Verbrechens nach dem § 12 Abs 1 SuchtgiftG. erfaßtes Finanzvergehen der Abgabenhehlerei haftet sohin ein Rechtsirrtum nicht an.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten war daher zu verwerfen.

Aus Anlaß dieses Rechtsmittels war jedoch gemäß dem § 290 Abs 1 StPO von Amts wegen wahrzunehmen, daß der Schulterspruch wegen Abgabenhehlerei nach dem § 37 Abs 1

lit a FinStrG. und der Ausspruch einer Verfallsersatzstrafe gemäß dem § 12 Abs 4 SuchtgiftG. mit zwar nicht geltend gemachter, dem Angeklagten aber zum Nachteil gereichender Nichtigkeit behaftet sind.

Die gerichtliche Zuständigkeit für das Finanzvergehen der Abgabenhehlerei gründet sich ausschließlich darauf, daß dem an dieser Tat beteiligten, gesondert verfolgten Adel Ali C im Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 16. Juni 1981, GZ 6 e Vr 3849/81-89, gewerbsmäßige Tatbegehung zur Last gelegt wurde. Da aber der Ausspruch über diesen qualifizierenden Umstand auf Grund der in dem genannten Verfahren ergriffenen Rechtsmittel mit hg. Urteil vom 10. Februar 1982, AZ. 11 Os 188/81, aufgehoben wurde, so fällt hiervon auch die allein auf § 53 Abs 4 FinStrG. gestützte gerichtliche Zuständigkeit für das dem Angeklagten A angelastete Finanzvergehen weg (§ 281 Abs 1 Z. 9 lit a

StPO); insoweit hat daher eine Urteilsaufhebung auch dieses Schulterspruches stattzufinden.

Beim Ausspruch gemäß dem § 12 Abs 4 SuchtgiftG. ging das Gericht von einem Erlös der nicht ergriffenen 200 Gramm Heroin von 2.000 S pro Gramm aus und verurteilte den Angeklagten unter Berücksichtigung der gesonderten Verurteilung des Angeklagten C zu einem anteiligen Verfallsersatz im Betrag von 300.000 S. Hierbei übersah es jedoch, daß bei einer Mehrzahl von an ein und derselben Straftat Beteiligten eine solche den Verfall substituierende Geldstrafe insgesamt nur einmal bis zur Höhe des Wertes der dem Verfall unterliegenden Sachen oder ihres Erlöses auferlegt werden und bei Aufteilung auf mehrere Beteiligte die Gesamtsumme der Verfallsersatzstrafen diesen Betrag nicht übersteigen darf (vgl. St. 49/59). Eine Ausnahme hiervon besteht nur in dem - hier nicht in Betracht kommenden - Fall der Weitergabe von Suchtgift im Rahmen einer 'Deliktskette', also bei einer Reihe nacheinander verübter selbständiger Straftaten in bezug auf dieselbe Suchtgiftmenge (vgl. St. 48/59). So gesehen zeigt sich, daß das Gericht bei der Verhängung der Verfallsersatzstrafe über den Angeklagten Mostafa Badr A die aus den dargelegten Grundsätzen sich ergebende Höchstgrenze des gesetzlichen Strafsatzes überschritten (§ 281 Abs 1 Z. 11 StPO), weil der im Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 16.Juni 1981, GZ 6 e Vr 3849/81-89, wenn auch nur bezüglich 150 Gramm der verfahrensgegenständlichen Suchtgiftmenge und auf der Basis einer Bewertung des Gramms Heroin mit 1.500 S ermittelte Verfallsersatz schon zur Gänze auf die übrigen Tatbeteiligten aufgeteilt wurde (vgl. Band II, S. 338 jener Akten). Im Hinblick darauf, daß in dem zitierten gesondert geführten Verfahren die Verfallsersatzstrafauflagen in den Fällen der Angeklagten El Taher B, Kurt E und Adel Ali C aber als Teile der betreffenden Strafaussprüche aufgehoben wurden, erweist sich eine Aufhebung auch im verfahrensgegenständlichen Ausspruch über die dem Angeklagten A auferlegte Geldstrafe gemäß dem § 12 Abs 4

SuchtgiftG. und eine Verfahrenserneuerung in dieser Richtung als unumgänglich.

Es war sohin spruchgemäß zu erkennen.

Als von der Kassation nicht betroffener Teil des Strafausspruches

verbleibt lediglich die gemäß dem § 12 Abs 1 StGB verhängte Freiheitsstrafe in der Dauer von dreieinhalb Jahren.

Das Erstgericht wertete in diesem Zusammenhang die große in Umlauf gebrachte Suchtgiftmenge sowie die Zugehörigkeit des Angeklagten zu einer Bande als erschwerend und berücksichtigte demgegenüber die bisherige Unbescholtenheit als mildernd.

Die auf Herabsetzung der genannten Freiheitsstrafe gerichtete Berufung ist berechtigt.

Auch wenn die Bandenzugehörigkeit als Erschwerungsumstand in Wegfall kommt, entspricht die in erster Instanz zuerkannte Freiheitsstrafe dem Unrechtsgehalt des begangenen Verbrechens - insbesonders auch unter Bedachtnahme auf die Menge und die besondere Gefährlichkeit der Art des verfahrensgegenständlichen Suchtgifts -, sowie dem Verschuldensgrad des Angeklagten und nimmt auch auf die bei Delikten gegen die Volksgesundheit ins Gewicht fallenden Belange der Generalprävention gebührend Bedacht. Für eine Herabsetzung dieser Strafe besteht kein Anlaß.

Soweit sich der Angeklagte mit seiner Berufung gegen die Verhängung der Verfallsersatzstrafe wendet, war er auf die Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerde zu verweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der bezogenen Gesetzesstelle.

### **Anmerkung**

E03560

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

ECLI:AT:OGH0002:1982:0110OS00004.82.0217.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19820217\_OGH0002\_0110OS00004\_8200000\_000

© 2026 JUSLINE

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

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