

# TE OGH 1981/5/21 120s130/80

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.05.1981

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 21. Mai 1981 unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Breycha und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Keller, Dr. Kral, Dr. Steininger und Dr. Lachner als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Garai als Schriftführer in der Strafsache gegen Alexander A wegen des Verbrechens nach § 6 Abs 1 SuchtgiftG und anderer strafbarer Handlungen über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Linz als Schöffengericht vom 4. Juni 1980, GZ 23 Vr 1409/79-88, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Steininger, der Ausführungen des Verteidigers Rechtsanwalt Dr. Zamponi, der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Gehart, und der Ausführungen des Vertreters des Zollamtes Linz als Finanzstrafbehörde I. Instanz, Dr. Lauter, zu Recht erkannt:

## Spruch

I/ Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das ansonsten unberührt bleibt, in den Punkten I/2/a und c des Schuldspruchs nach § 6 Abs 1 SuchtgiftG und im übrigen aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 290 Abs 1 StPO auch in der den Punkten III/ und V/ des Schuldspruchs wegen der Finanzvergehen des gewerbsmäßigen Schmuggels und der Abgabenhehlerei zugrundeliegenden Feststellung des strafbestimmenden Wertbetrages, sowie demgemäß in sämtlichen Strafaussprüchen einschließlich des Ausspruchs über die Vorhaftanrechnung aufgehoben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

A/ Alexander A ist schuldig, in Linz gewerbsmäßig anderen Suchtgift überlassen zu haben, zu deren Bezug diese nicht berechtigt waren, und zwar 1. in der Zeit von Jänner bis Ende Juni 1978 zu wiederholten Malen Cannabischarz (Haschisch) an Unbekannte und an Hanno B, 2. a) in der Zeit von Juli bis 25. August 1979 mindestens 1 Gramm Heroin in 10 Portionen an Dietmar C, mindestens 0,2 Gramm Heroin in zwei Portionen an Sigried D und 0,1 Gramm Heroin an Silvana C, b) im August 1979 eine nicht feststellbare Menge Heroin an mehrere Personen, c) in der Zeit von Mai bis Juli 1979 mehrmals wöchentlich eine nicht feststellbare Menge Heroin an Barbara E. Er hat hiedurch in Verbindung mit den im aufrecht gebliebenen Schuldspruch zu Punkt II/ des Ersturteils bezeichneten Tathandlungen das Vergehen nach § 16 (früher § 9) Abs 1 Z 1 und Z 2 (dritter und vierter Fall), Abs 2

(erster Fall) SuchtgiftG begangen und wird hiefür sowie für die ihm nach den aufrecht gebliebenen Schuldsprüchen zu den Punkten I/1, I/2/b und IV/ des Ersturteils weiterhin zur Last fallenden strafbaren Handlungen, nämlich für das Verbrechen nach § 6 (jetzt § 12) Abs 1 SuchtgiftG und das Vergehen des unbefugten Gebrauchs von Fahrzeugen nach § 136 Abs 1 und 2 StGB, gemäß § 12 Abs 1 SuchtgiftG unter Anwendung des § 28 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 4 (vier) Jahren und gemäß § 12 Abs 4 SuchtgiftG in Verbindung mit § 19 FinStrG zugleich auch für die ihm

nach den Punkten III/ und V/ des Ersturteils zur Last fallenden Finanzvergehen zu einer Wertersatzstrafe in der Höhe von 37.362,-- (siebenunddreißigtausenddreihundertzweiundsechzig) Schilling, im Nichteinbringungsfall zu einer Ersatzstrafe von 2 (zwei) Monaten, verurteilt.

B/ Für die ihm nach den Punkten III/ und V/ des erstgerichtlichen Urteilsspruchs zur Last fallenden Finanzvergehen des gewerbsmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs 1, 38

Abs 1 lit a FinStrG und der Abgabenhehlerei nach § 37 Abs 1 lit a FinStrG wird Alexander A unter Zugrundelegung eines strafbestimmenden Wertbetrages von 5.750,-- (fünftausendsiebenhundertfünfzig) Schilling nach § 38 Abs 1 FinStrG in Verbindung mit §§ 35 Abs 4, 37 Abs 2, 21 Abs 1 und 2 FinStrG zu einer Geldstrafe in der Höhe von 20.000,-- (zwanzigtausend) Schilling verurteilt, an deren Stelle gemäß § 20 FinStrG für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Dauer von 1 (einem) Monat tritt. C/ Gemäß § 38 Abs 1 StGB wird die erlittene Vorhaft vom 27. September 1978, 15,20 Uhr, bis 14. Feber 1979, 11,30 Uhr, und vom 30. August 1979, 8,30 Uhr, bis 4. Juni 1980, 12,00 Uhr, auf sämtliche über den Angeklagten verhängten Freiheits- und Geldstrafe angerechnet.

II/ Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. III/ Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf die getroffenen Entscheidungen verwiesen.

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

### **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 24. Oktober 1959 geborene beschäftigungslose Alexander A, ein österreichischer Staatsangehöriger, wie folgt schuldig erkannt:

I/ des Verbrechens nach § 6 Abs 1 SuchtgiftG, weil er vorsätzlich

den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgifte in solchen Mengen, daß daraus in größerer Ausdehnung eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen konnte, 1. aus den Niederlanden nach Österreich einfuhrte, nämlich a) im Juli 1978 in Gesellschaft der gesondert verfolgten Günther F und Günther G 28 Gramm Heroin, b) Ende Juli 1978 (allein) eine 3 Gramm übersteigende Menge Heroin, c) im August 1978 in Gesellschaft des gesondert verfolgten Johann H 20 Gramm Heroin, 2. in Verkehr setzte, nämlich a) in der Zeit von Jänner bis Ende Juni 1978 in Linz zu wiederholten Malen Haschisch in unbekanntem Mengen durch Verkauf an Unbekannte und durch mehrmalige Weitergabe in geringen Mengen an Hanno B, b) durch Verkauf von Heroin in Linz und anderen Orten Oberösterreichs, namentlich in Leonstein, und zwar aa) im Juli 1978 von mindestens 16 Gramm aus der zu 1/a) bezeichneten Einfuhr (an Unbekannte), bb) Ende Juli 1978 von mindestens 2 bis 3 Gramm aus der zu 1/b) bezeichneten Einfuhr an Günther F, cc) im August 1978 von insgesamt 11 Gramm aus der zu 1/c) bezeichneten Einfuhr, davon 2,5 Gramm an Ernst I, 1 Gramm an J Mehmet Ali und ansonsten in kleineren Einzelmengen an Unbekannte, c) durch Weitergabe von Heroin in Linz, und zwar aa) in der Zeit von Juli bis 25. August 1979

durch Verkauf von mindestens 1 Gramm (in 10 Portionen) an Dietmar C, mindestens 0,2 Gramm (in 2 Portionen) an Sigrid D und 0,1 Gramm an Silvana C, bb) im August 1979 durch Verkauf einer unbekanntenen Menge Heroin an zahlreiche Personen und cc) in den Monaten Mai bis Juli 1979 dadurch, daß er wöchentlich mehrmals Heroin an Barbara E abgab;

II/ des Vergehens nach § 9 Abs 1 Z 2 (dritter und vierter Fall) SuchtgiftG, weil er in der Zeit von Anfang Jänner bis 27. September 1978 sowie von Mai bis 29. August 1979 in Linz und anderen Orten Österreichs sowie in Amsterdam und Rotterdam unberechtigt Haschisch und Heroin erwarb und besaß;

III/ des (Finanz-)Vergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG, weil er durch die zu I/1 genannte(n) Tat(en) eingangsabgabepflichtige Waren vorsätzlich unter Verletzung der zollrechtlichen Stellungspflicht dem Zollverfahren entzog, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen; IV/ des Vergehens des unbefugten Gebrauchs von Fahrzeugen nach § 136 Abs 1 und 2 StGB, weil er am 13. August 1979 in Linz den Personenkraftwagen der Eva K ohne Einwilligung eines Berechtigten in Gebrauch nahm, indem er sich die Gewalt über das Fahrzeug durch Einbruch verschaffte; und V/ des (Finanz-)Vergehens der Abgabenehlerei nach § 37 Abs 1 lit a FinStrG, weil er von Mai bis Ende August 1979 in Linz und anderen Orten des Bundesgebietes wiederholt (vorsätzlich) Heroin (inhaltlich der Entscheidungsgründe mindestens 9,5 Gramm), hinsichtlich dessen ein Schmuggel begangen wurde, insbesondere von Manfred L kaufte.

Hiefür wurde Alexander A nach § 6 Abs 1 SuchtgiftG unter Anwendung des § 28 StGB zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren, nach § 6 Abs 1 und 2 SuchtgiftG außerdem zu einer Geldstrafe von 100.000 S, im Nichteinbringungsfall vier Monate Ersatzfreiheitsstrafe, weiters nach §§ 37 Abs 2 und 38 Abs 1 FinStrG in Verbindung mit §§ 21 und 22 FinStrG zu einer (gesonderten) Geldstrafe von 40.000 S, im Nichteinbringungsfall zwei Monate Ersatzfreiheitsstrafe, sowie nach § 6 Abs 4

SuchtgiftG und § 19 FinStrG zu einer Wertersatzstrafe (Verfallsersatzstrafe) von 96.263 S, im Nichteinbringungsfall vier Monate Ersatzfreiheitsstrafe, verurteilt.

Dieses Urteil bekämpft der Angeklagte in den Punkten I/, II/ (teilweise), III/ und IV/ des Schuldspruchs sowie in den Aussprüchen über die für die Finanzvergehen verhängte Geldstrafe und über die Wertersatzstrafe mit einer auf § 281 Abs 1 Z 4, 5 und 9 lit a StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde; mit seiner Berufung strebt er die Herabsetzung der Strafen an.

### **Rechtliche Beurteilung**

Den Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 4 StPO erblickt der Beschwerdeführer darin, daß seiner in der Hauptverhandlung vorgebrachten Ablehnung des Vorsitzenden durch ein Zwischenerkenntnis des Schöffensenats nicht stattgegeben wurde (S 149-150/II). Der Verteidiger hatte indes bei der Hauptverhandlung (ausdrücklich nur) einen schon früher eingebrachten, auf die Mitwirkung des Vorsitzenden in gleicher Funktion an der (gesonderten) Aburteilung des Mittäters Johann H (AZ 23 Vr 2201/78 des Landesgerichtes Linz) gestützten Ablehnungsantrag wiederholt, der aber bereits mit Beschluß des Präsidenten des Landesgerichtes Linz vom 19. Februar 1980 (ON 77) abgewiesen worden war, wogegen gemäß § 74 Abs 3 StPO kein Rechtsmittel zulässig ist. Die in der bezogenen Gesetzesstelle normierte Unanfechtbarkeit dieser Entscheidung würde umgangen, könnte der hiedurch erledigte (vermeintliche) Ablehnungsgrund - wie hier vom Beschwerdeführer - bei der Hauptverhandlung (trotz unveränderter Sachlage) gleichwohl erneut vorgebracht und ihm auf dem Umweg des § 281 Abs 1 Z 4 StPO doch noch Geltung verschafft werden (KH 2722, SSt 1/19, 12/47; idS auch EvBl 1962/387; aM ohne Begründung Bertel, Grundriß des österr. Strafprozeßrechts S 43). Die Verfahrensrüge muß daher schon aus diesem Grund versagen. Im übrigen ist ein Richter, der bereits an der (abgesonderten) Verurteilung eines Mittäters mitgewirkt hat, deshalb weder von der Verhandlung und Urteilsfällung (gegen einen anderen der Mittäterschaft Angeklagten) ausgeschlossen (SSt 36/67; ÖJZ-LSK 1976/320) noch auch allein aus diesem Grund von vornherein als befangen (im Sinne des § 72 StPO) anzusehen, weshalb die aus diesem Grund erfolgte Ablehnung des Vorsitzenden sachlich unbegründet war. Auf den Versuch des

Beschwerdeführers, den Vorwurf der Befangenheit des Vorsitzenden nachträglich mit den in der Urteilsbegründung enthaltenen Hinweisen auf die rechtskräftigen Verurteilungen ua des Johann H und des Günther F (an dessen Aburteilung der Vorsitzende nach dem Inhalt des betreffenden Strafaktes 22 Vr 1699/78 des Landesgerichtes Linz gar nicht mitgewirkt hatte) zu rechtfertigen, braucht nicht eingegangen zu werden, zumal damit kein gesetzlicher Nichtigkeitsgrund (§ 281 Abs 1 Z 1 bis 11 StPO) zur Darstellung gebracht wird.

Zu Unrecht macht der Beschwerdeführer auch geltend, das Erstgericht habe seine entscheidungswesentlichen Annahmen zur Einfuhr von Heroin nach Österreich (Faktengruppe I/1=III) und zur Weitergabe von Suchtgiften (Faktengruppe I/2) nicht oder nur unzureichend begründet (§ 281 Abs 1 Z 5 StPO):

Der mit der Beschwerde in diesem Zusammenhang ins Treffen geführte Grundsatz der Unmittelbarkeit verlangt, daß das Gericht bei der Urteilsfällung nur auf das Rücksicht nimmt, was in der Hauptverhandlung vorkam; Aktenstücke können (nur) insoweit als Beweismittel dienen, als sie bei der Hauptverhandlung vorgelesen worden sind (§ 258 Abs 1 StPO). Darnach blieb es dem Gericht aber unbenommen, die gemäß § 252 Abs 1 Z 2 und Abs 2 StPO in der Hauptverhandlung verlesenen (vgl S 159/II) Angaben des Günther F und des Johann H vor der Polizei und vor dem Untersuchungsrichter über die Einfuhr von Heroin durch sie und den Beschwerdeführer als Beweismittel zu verwerten und seinen Feststellungen zugrunde zu legen, und zwar ungeachtet des Umstandes, daß sie von diesen Angaben bei ihrer Einvernahme als Zeugen in der Hauptverhandlung abwichen. Denn nach dem Gesetz (§ 258 Abs 2 StPO) hat das Gericht über die Frage, ob eine Tatsache als erwiesen anzunehmen sei, nicht nach irgendwelchen gesetzlichen Beweisregeln, sondern nur nach seiner freien, aus der gewissenhaften Prüfung aller für und wider vorgebrachten Beweismittel gewonnenen Überzeugung zu entscheiden. Im vorliegenden Fall begründete das Erstgericht eingehend und denkrichtig, warum es die Darstellungen des Günther F und des Johann H im Vorverfahren, mit denen sie nicht nur den Angeklagten, sondern (in erster Linie) auch sich selbst belasteten, für glaubwürdig erachtete. Das Beschwerdevorbringen, mit dem der Angeklagte nunmehr die mangelnde Beweiskraft dieser im Urteil bezogenen Beweisergebnisse darzutun sucht, erschöpft sich sohin in einem unzulässigen und daher unbeachtlichen Angriff auf die Beweiswürdigung des Schöffengerichts. Damit erledigt sich auch die Behauptung, der geltend gemachte Begründungsmangel erstreckte sich in gleicher Weise auf Punkt II/ des Schuldspruchs, soweit dem Angeklagten darin angelastet wird, im fraglichen Zeitraum (auch) in Amsterdam und Rotterdam ein Suchtgift (zum Eigengebrauch) unberechtigt erworben und in Besitz gehabt zu haben, welcher Ausspruch (über weitere Tatorte) im übrigen bloß eine für die Schuldfrage nach § 9 (jetzt § 16) Abs 1 Z 2 (dritter und vierter Fall) SuchtgiftG unerhebliche Modalität und somit nicht eine entscheidende Tatsache (§ 281 Abs 1 Z 5 StPO) betrifft.

Auf welche Beweismittel sich die Feststellungen über die Weitergabe von Suchtgiften durch den Beschwerdeführer gründen, geht aus dem angefochtenen Urteil mit ausreichender Deutlichkeit hervor. Es wird dort unmißverständlich insbesondere auf die (in der Hauptverhandlung verlesenen;

vgl abermals S 159/II) Angaben der gesondert verfolgten Suchtgiftabnehmer Roman M (vgl S 91 ff/I), Dietmar N (vgl S 201 ff/I) und Ernst I (vgl S 257 ff/I) verwiesen, welche in Verbindung mit den schon in anderem Zusammenhang vom Schöffengericht gewürdigten Angaben des Günther F (S 383 ff/I) und des Johann H (S 405 ff/I) über die Verteilung des aus den Niederlanden eingeführten Heroins sowie den Angaben des im Urteil gleichfalls genannten Hanno B (S 291, 307/I) die Urteilsannahmen zu den Schuldspruchfakten I/2/a und b beweismäßig decken. In welchem Belang hingegen die Aussagen der Mutter des Angeklagten, Dr. Ilse A, zu dessen Entlastung geeignet sein sollen (vgl dazu S 167, 187/I mit S 113/II), sodaß deren Nichterwähnung eine Unvollständigkeit des Urteils bewirken würde, kann den Beschwerdeausführungen nicht entnommen werden. Zu den spruchmäßig in Punkt I/2/c zusammengefaßten Fakten einer Weitergabe von Heroin an verschiedene Abnehmer im Sommer 1979 bezieht sich das Gericht ersichtlich auf die entsprechenden Angaben der im einbezogenen Akt ON 62 genannten Personen (darunter auch die im Urteil namentlich genannte Sigrid D, S 161 in ON 62), denen es - soweit sie, nämlich Dietmar C (S 46/II), Barbara O (S 112/II) und Silvana C (S 114/II), auch vor dem erkennenden Gericht einvernommen wurden, auf Grund des dabei von ihnen erlangten persönlichen Eindrucks - Glaubwürdigkeit zuerkannte. Auch in bezug auf diesen Teil der Urteilsannahmen versagt somit der Vorwurf eines Begründungsmangels.

In Ausführung der Rechtsrüge nach § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO bekämpft der Beschwerdeführer zunächst den Schuldspruch nach § 6 Abs 1 SuchtgiftG (Punkt I/ des Schuldspruchs), weil seiner Auffassung nach rechtsirrig eine von seinem Vorsatz umfaßte Eignung der Tat zur Gefährdung des Lebens oder der Gesundheit von Menschen in größerer Ausdehnung angenommen worden sei.

Mit Beziehung auf die Schuldspruchfakten I/1 und I/2/b versagt dieser Einwand. Der Beschwerdeführer führte nämlich nach den hiezu getroffenen Urteilsfeststellungen im Sommer 1978 teils in Gesellschaft anderer (F und G, sodann H), teils allein insgesamt mindestens 51 Gramm Heroin nach Österreich ein. Davon erhielten F insgesamt 6,5 Gramm, G 7 bis 10 Gramm und H ebenfalls einen (nicht genau festgestellten) Anteil, für welche Anteile aber der Beschwerdeführer nach den Grundsätzen der Mittäterschaft zu haften hat (EvBl 1975/129); insgesamt 27 Gramm gab der Angeklagte selbst weiter, und zwar größtenteils an unbekannte Abnehmer, aber auch 2,5 Gramm an Ernst I und 1 Gramm an J Mehmet Ali. In keinem Fall war der Angeklagte in der Lage, die Weiterverbreitung der von ihm (eingeführten und) in Verkehr gesetzten Suchtgiftmengen, welche ein Vielfaches der zur Herbeiführung des im § 6 (jetzt § 12) Abs 1 SuchtgiftG vorausgesetzten Gefahrenausmaßes erforderlichen 'Grenzmenge' (bei Heroin bekanntermaßen schon 0,5 Gramm: ÖJZ-LSK 1977/149) ausmachten, durch den in Rede stehenden Mittäter und Abnehmerkreis, von welchem ihm bekannt war, daß diese Personen die ihren augenblicklichen Eigenbedarf übersteigenden Suchtgiftmengen (schon um Gewinn daraus zu ziehen) wieder an andere Abnehmer weiterzugeben pflegten, derart zu begrenzen, daß das in Rede stehende Gefahrenausmaß (dennoch) nicht erreicht werden konnte. Von der Art und Menge des den Gegenstand der Tathandlung bildenden Suchtgifts ausgehend konnte das Erstgericht in bezug auf die vom Vorsatz des Angeklagten umfaßten konkreten Umstände der vorgesehenen Verteilung unbedenklich annehmen, daß diese (zur Herbeiführung einer Gemeingefahr an sich ausreichende) Suchtgiftmenge darnach letzten Endes - sei es deswegen, weil der Angeklagte die Verbreitung in diesem Umfang (außer bei den namentlich bekannten auch noch unter einer größeren Zahl unbekannt gebliebener Abnehmer) selbst besorgte oder sei es deswegen, weil er in concreto nicht gewillt und auch nicht in der Lage war, die Weiterverbreitung auf einen geringeren Umfang zu begrenzen - etwa 30

bis 50 Verbrauchern zukommen konnte und daß der Vorsatz des Angeklagten sich auf diese für die Entstehung der (abstrakten) Gemeingefahr maßgebenden Tatumstände erstreckte (SSt 48/46 uam). In diesem Umfang wurde dem Angeklagten das Verbrechen nach § 6 (jetzt § 12) Abs 1

SuchtgiftG mithin zu Recht angelastet.

Anders verhält es sich allerdings mit den von den Punkten I/2 a und

c umfaßten Suchtgiftmanipulationen:

Mangels entsprechender Verfahrensergebnisse konnte das Schöffengericht über die Menge des vom Beschwerdeführer in der Zeit von Jänner bis Ende Juni 1978 in Linz an unbekannte Personen und (nur in geringeren Quantitäten mehrmals) an Hanno B weitergegebenen Haschisch (Faktum I/2/a) keine Feststellungen treffen, nach welchen gesagt werden könnte, daß diese Menge überhaupt schon an sich - von den konkreten Umständen ihrer Verteilung vorerst abgesehen - genügt hätte, eine nach Art und Umfang den Tatbestandsvoraussetzungen des § 6 (jetzt § 12) Abs 1

SuchtgiftG entsprechende Gemeingefahr herbeizuführen. Hinsichtlich der Weitergabe von Heroin in den Monaten Mai bis August 1979 (Faktengruppe I/2/c) vermochte das Gericht nur festzustellen, daß der Angeklagte außer 1 Gramm an Dietmar C, 0,2 Gramm an Sigrid D und 0,1 Gramm an Silvana C, welche Suchtgiftmengen nach den dem Urteil hier zugrundegelegten Verfahrensergebnissen für deren Eigenverbrauch bestimmt waren (und auch dazu verwendet wurden: S 27, 33 und 161 in ON 62), und neben der Überlassung von einzelnen Heroinrationen an Barbara E zum (wöchentlich mehrmaligen) Selbstverbrauch, eine unbekannte Menge Heroin an 'zahlreiche' (laut den Entscheidungsgründen: 'verschiedene') Personen verkaufte, ohne daß über deren Anzahl, die betreffende Menge und den Umfang des darnach in Verbindung mit den konkreten Umständen der Verteilung als gefährdet anzusehenden Personenkreises nähere Konstatierungen möglich gewesen wären. Ohne solche Feststellungen können aber bei der hier vorliegenden Fallgestaltung die in Rede stehenden Tathandlungen des Angeklagten (mit Haschisch in der ersten Jahreshälfte 1978

und mit Heroin von Mai bis August 1979) nicht als das Verbrechen nach § 6 (jetzt § 12) Abs 1 SuchtgiftG beurteilt werden (vgl EvBl 1978/74; RZ 1979/5). Eine zur Addition der hier tatgegenständlichen mit den übrigen von Punkt I des Schuldspruchs umfaßten Suchtgiftmengen berechtigende fortlaufende Tatbestandsverwirklichung, bei der sich die einzelnen Teilakte rechtlich als eine Einheit darstellen würden, ist im gegebenen Fall schon deshalb nicht anzunehmen, weil es - von der subjektiven Tatseite abgesehen - an der hiezu erforderlichen, objektiv am einheitlichen Gefahrenbegriff orientierten Kontinuität der betreffenden Einzelakte fehlt (EvBl 1980/20); lag doch die Verbreitung von Haschisch in der Zeit von Jänner bis Ende Juni 1978 zeitlich noch vor der erst im Juli dieses Jahres erstmals

unternommenen Beschaffung von Heroin in größeren Mengen durch den Angeklagten (vgl. hierzu die Angaben des Günther F S 383/I), wogegen bei den von Mai bis August 1979 gesetzten Tathandlungen mit Heroin die Annahme einer solchen Kontinuität im Verhältnis zu den im Juli und August 1978 verübten, zu Recht nach § 6 (jetzt § 12) Abs 1 SuchtgiftG beurteilten Tathandlungen schon durch die dazwischen liegende Zeitspanne, in der sich der Angeklagte zudem im vorliegenden Verfahren vom 27. September 1978 bis zum 14. Februar 1979 in Untersuchungshaft befand, ausgeschlossen wird. Der Schuldspruch nach § 6 Abs 1 SuchtgiftG ist daher in den Punkten I/2/a und c nichtig, allerdings nicht nach der (geltend gemachten) Z 9 lit a, sondern nach der Z 10 des § 281 Abs 1 StPO. Denn die betreffende Handlungsweise des Angeklagten erfüllt den Tatbestand des Vergehens nach § 16 (früher § 9) Abs 1 Z 1 SuchtgiftG, weil er dadurch anderen Suchtgifte überließ, zu deren Bezug diese nicht berechtigt waren, wobei die Tat nach den hierzu getroffenen Feststellungen, denen zufolge der Angeklagte im ersten Fall mit Haschisch, im zweiten Fall mit Heroin einen fortgesetzten Handel trieb (vgl. S 291, 383/I; S 29 in ON 62), gewerbsmäßig begangen wurde.

Unberechtigt ist dagegen die vom Angeklagten gleichfalls aus dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 9

lit a StPO erhobene Rechtsrüge gegen den Schuldspruch wegen des Vergehens nach § 136 Abs 1 und 2 StGB (Punkt IV), wonach ihm zur Last liegt, sich durch Einbruch in das Wohnhaus seines Vaters Dr. Karl A des Personenkraftwagens (VW) von dessen Lebensgefährtin Eva K bemächtigt und dieses Fahrzeug in der Meinung, es gehöre seinem Vater, ohne Einwilligung eines Berechtigten in Gebrauch genommen zu haben. Daraus leitet der Beschwerdeführer ab, es hätte geprüft werden müssen, ob er die Tat nicht etwa durch mutmaßliche Einwilligung (des Berechtigten) für gerechtfertigt gehalten habe. Ein dem Tatbild des § 136 StGB entsprechendes Verhalten kann nun allerdings im Einzelfall durch mutmaßliche Einwilligung gerechtfertigt sein (Kienapfel BT II § 136

RN 28; ZVR 1973/99), wenn nämlich angenommen werden darf, der Berechtigte hätte bei Kenntnis aller Umstände in die Gebrauchnahme eingewilligt (Bertel im WK § 136 RZ 14;

hierzu Leukauf-Steininger, Kommentar zum StGB2 § 3 RN 42). Zu der vom Beschwerdeführer vermißten Feststellung, er habe das Vorliegen eines solchen rechtfertigenden Sachverhalts zumindest (wenn auch irrtümlich: § 8 StGB) angenommen, gaben jedoch die Verfahrensergebnisse keinen Anlaß.

Insbesondere hatte sich nämlich der Beschwerdeführer selbst nicht in diesem Sinne verantwortet, sondern sich des ihm angelasteten Vergehens nach § 136 StGB stets schuldig bekannt und hierzu vorgebracht, einen gleichzeitigen (nach § 166 StGB wegen der Begehung im Familienkreis privilegierten und deshalb nicht urteilsgegenständlichen) Diebstahl von Wertgegenständen zum Nachteil seines Vaters deshalb begangen zu haben, um letzterem vorzutäuschen, die Tat (Wegnahme des PKW) sei nicht von ihm, sondern von einem Fremden verübt worden (S 111, 150, 156/II); sohin rechnete er also von vornherein nicht mit der mutmaßlichen Einwilligung seines Vaters. Einem (Tat-)Irrtum unterlag der Angeklagte nach den Urteilsfeststellungen nur hinsichtlich der Person des Berechtigten, als welchen er seinen Vater, mithin einen Verwandten in gerader Linie, annahm;

unter anderem für den vom Beschwerdeführer darnach irrtümlich angenommenen Sachverhalt normiert das Gesetz im § 136 Abs 4 StGB zwar einen deliktsspezifischen Strafausschließungsgrund (Kienapfel BT II § 136 RN 51), läßt aber die Rechtswidrigkeit der Tat unberührt (vgl. §§ 339, 354 ABGB), weshalb das Erstgericht - lediglich verkennend, daß das in der zitierten strafgesetzlichen Bestimmung aufgestellte weitere (vorliegend nicht gegebene) Erfordernis bestehender Hausgemeinschaft mit dem Täter nur in bezug auf 'andere Angehörige' (als die zuvor in dieser Gesetzesstelle aufgezählten, zu denen der Vater gehört) gilt - dem vorliegenden Irrtum im Ergebnis zutreffend keine rechtliche Relevanz beimaß. Nicht im Recht ist der Beschwerdeführer schließlich auch, soweit er (in die Berufungsausführung eingefügt) eine Urteilsnichtigkeit nach der Z 5 des § 281 Abs 1

StPO behauptet, weil sich die Aussprüche des Erstgerichts über die (bei den Finanzvergehen) strafbestimmenden Wertbeträge und über die Bemessungsgrundlage der Wertersatzstrafe in einem Hinweis in den Entscheidungsgründen auf die bezüglichen Berechnungen des Zollamtes Linz (als in dieser Sache eingeschrittener Finanzstrafbehörde) erschöpfen. Denn dadurch brachte das Gericht immerhin zum Ausdruck, daß und aus welchen Erwägungen es bei der Bemessung der Geldstrafe für die Finanzvergehen und der Wertersatzstrafe die durch die Finanzstrafbehörde ermittelten strafbestimmenden Wertbeträge und Wertangaben zugrundelegte. Die strafbestimmenden Wertbeträge wären zwar als einen bestimmten Strafsatz bedingende Umstände gemäß § 260 Abs 1 Z 1 StPO im Urteilsspruch ziffernmäßig anzuführen gewesen (SS 38/40 ua), doch gereicht die diesbezüglich vorliegende Formverletzung dem Angeklagten nicht zum Nachteil, weil - wie erwähnt - die im Urteilsspruch fehlenden Angaben aus den

Entscheidungsgründen zu erschliessen sind. Aus den dort bezogenen Ermittlungen der Finanzstrafbehörde ergibt sich nämlich, daß das Schöffengericht beim Schmuggel (Faktum III) für 48 Gramm Heroin - die in Punkt I/1/b des Urteilssatzes angeführte Teilmenge von (weiteren) mindestens 3 Gramm ungerügt zugunsten des Angeklagten vernachlässigend - den strafbestimmenden Wertbetrag (Abgabenbetrag) mit 15.363 S und den Wert des Tatgegenstands mit 68.363 S (S 160/II, S 456/I), bei der Abgabehelerei (Faktum V) für 9,5 Gramm Heroin den strafbestimmenden Wertbetrag (Abgabenbetrag) mit 5.892 S und den Wert des Tatgegenstands mit 27.900 S (S 160/II; sh auch S 75, 77 und 87/II) angenommen hat.

Die aufgezeigte Teilnichtigkeit des Schuldspruchs nach § 6 Abs 1 SuchtgiftG erfordert dessen Aufhebung in den davon betroffenen Punkten I/2/a und c sowie demgemäß auch jener Strafaussprüche, die auf den Bestimmungen des § 6 Abs 1, 2 und 4 SuchtgiftG beruhen. Darüberhinaus war von Amts wegen wahrzunehmen, daß das angefochtene Urteil in Ansehung der - bereits erwähnten - Feststellung des für die Finanzvergehen des gewerbsmäßigen Schmuggels und der Abgabehelerei (Punkte III/ und V/ des Schuldspruchs) maßgebenden strafbestimmenden Wertbetrags mit einer vom Beschwerdeführer nicht gerügten Urteilsnichtigkeit gemäß § 281 Abs 1 Z 11 StPO behaftet ist, die ein Vorgehen gemäß § 290 Abs 1 StPO erforderlich macht. Das Schöffengericht hat, worauf bereits verwiesen wurde, den strafbestimmenden Wertbetrag auf Grund der bezüglichen Berechnungen des Zollamtes Linz (als zuständiger Finanzstrafbehörde) ermittelt. Aus diesen Berechnungen ist zu entnehmen, daß sich der festgestellte strafbestimmende Wertbetrag einerseits aus dem auf das geschmuggelte oder verhehlte Suchtgift entfallenden (Gewichts-)Zoll, andererseits (ausnahmslos) auch aus der hierfür ermittelten Einfuhrumsatzsteuer und dem korrespondierenden Außenhandelsförderungsbeitrag zusammensetzt.

Rechtsrichtig ist jedoch - nach der im Tatzeitpunkt (und im Zeitpunkt der Urteilsfällung erster Instanz) geltenden Rechtslage - bei der Berechnung des strafbestimmenden Wertbetrags in bezug auf Heroin nur auf den durch die 9. Zolltarifgesetznovelle, BGBl. 1976/669, festgesetzten Gewichtszoll abzustellen. Denn wie der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 22. April 1980, 9 Os 129/79

(= ÖJZ-LSK 1980/93), mit ausführlicher Begründung, auf die zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen wird, ausgesprochen hat, ist durch das Inkrafttreten der 9. Zolltarifgesetznovelle die Entscheidung eines verstärkten Senats vom 25. Juni 1976, 12 Os 38,

39/76 (= ÖJZ-LSK 1976/

260 = RZ 1976/89 = EvBl 1976/229), nur in Ansehung des Zolls

überholt, nicht jedoch in Ansehung der Einfuhrumsatzsteuer und des Außenhandelsförderungsbeitrags; nach der im vorliegenden Fall maßgeblichen Rechtslage ist daher die Erhebung der Einfuhrumsatzsteuer und des Außenhandelsbeitrags für geschmuggelte Suchtgifte jener Art, die einem legalen Handel unter keinen Umständen zugänglich sind, (weiterhin) abgabenrechtlich unzulässig (so auch Dorazil-Harbach-Reichel-Kropfitsch, Kommentar zum FinStrG, Anm. 14 zu § 35). Demzufolge durfte bei der Ermittlung des strafbestimmenden Wertbetrags vorliegend nur der Zoll, nicht aber auch die Einfuhrumsatzsteuer und der Außenhandelsförderungsbeitrag zugrundegelegt werden (vgl. in diesem Sinn inzwischen auch 9 Os 73/80, 9 Os 144/80, 12 Os 100/80).

Ausgehend von diesen rechtlichen Erwägungen beträgt daher der strafbestimmende Wertbetrag beim Schmuggel (Punkt III/ des Schuldspruchs) für 48 Gramm Heroin - die in Punkt I/1/b des Urteilssatzes angeführte Teilmenge von (weiteren) mindestens 3 Gramm wurde vom Erstgericht in diesem Zusammenhang (ungerügt) vernachlässigt und ist daher auch vorliegend zugunsten des Angeklagten zu vernachlässigen -

4.800 S, während er bei der Abgabehelerei (Punkt V/ des Schuldspruchs) für 9,5 Gramm Heroin 950 S beträgt, womit sich insgesamt der maßgebliche strafbestimmende Wertbetrag mit 5.750 S errechnet.

Die aufgezeigte Urteilsnichtigkeit gereicht dem Angeklagten zum Nachteil, weil dadurch die rechtsrichtig anzuwendende Strafobergrenze (die sich vorliegend aus dem Vierfachen des strafbestimmenden Wertbetrags ergibt; vgl. § 38 Abs 1 FinStrG) überschritten wurde.

In amtswegiger Wahrnehmung war demnach der - wenngleich nur in den Entscheidungsgründen enthaltene - Ausspruch des erstgerichtlichen Urteils über die (Gesamt-) Höhe des strafbestimmenden Wertbetrags und demgemäß auch der die Finanzvergehen betreffende Strafausspruch aufzuheben, in der Sache selbst zu erkennen und die wegen

der Finanzvergehen zu verhängende Strafe unter Zugrundelegung eines strafbestimmenden Wertbetrags von 5.750 S neu zu bemessen. Bei der sohin sowohl hinsichtlich der wegen der Delikte nach §§ 6 (jetzt 12) Abs 1, 16 (früher 9) Abs 1 Z 1

und Z 2 (dritter und vierter Fall), Abs 2 (erster Fall) SuchtgiftG sowie § 136 Abs 1 und 2 StGB als auch hinsichtlich der wegen der Finanzvergehen des gewerbsmäßigen Schmuggels und der Abgabenhellerei erforderlichen Neubemessung der Strafen wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend das Zusammentreffen mehrerer allgemeiner strafbarer Handlungen und zweier Finanzvergehen, weiters die Begehung des Suchtgiftmißbrauchs durch längere Zeit hindurch und die zum Teil, nämlich in Richtung des Vergehens nach § 136 Abs 1 StGB einschlägige Vorstrafe, als mildernd hingegen das teilweise Geständnis und den Umstand, daß der Angeklagte die inkriminierten Straftaten vor Vollendung des 21. Lebensjahres begangen hat. Ausgehend von diesen Strafzumessungsgründen und unter entsprechender Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze für die Strafbemessung (§ 32 StGB, § 23 Abs 2 FinStrG) sind die aus dem Spruch ersichtlichen Strafen tatschuldangemessen und täterpersönlichkeitsgerecht. Die Verhängung einer Geldstrafe gemäß § 12 Abs 1 und 2 SuchtgiftG (neben der Freiheitsstrafe) hielt der Oberste Gerichtshof - im Gegensatz zum Erstgericht - im vorliegenden Fall nicht für erforderlich.

Bei der Höhe der gemäß § 12 Abs 4 SuchtgiftG (in Verbindung mit § 19 FinStrG zugleich auch für die dem Angeklagten zur Last fallenden Finanzvergehen) verhängten Wertersatzstrafe wurde hinsichtlich der auf die Schuldspruchfakten Punkt I/1 (= Punkt III/) entfallenden Komponente an Hand der beige-schafften Akten berücksichtigt, daß diesbezüglich weitere an den Taten Beteiligte und Hehler vom Landesgericht Linz bereits rechtskräftig zu (anteilmäßigen) Wertersatzstrafen (§ 19 Abs 4 FinStrG) verurteilt worden sind, nämlich Günther G und Günther F mit Urteil vom 29. März 1979, GZ 22 Vr 1699/78-57, Johann H mit Urteil vom 5. September 1979, GZ 23 Vr 2201/78-39, Ernst I mit Urteil vom 21. März 1979, GZ 23 Vr 91/79-41, J Mehmet Ali mit Urteil vom 23. August 1979, GZ 22 Vr 2357/78-72, Roman M mit Urteil vom 12. November 1979, GZ 23 Vr 1812/78-150, und Dietmar N mit Urteil vom 17. September 1980, GZ 23 Vr 1812/79-178. Die erlittene Vorhaft war - entgegen dem bezüglichen Ausspruch des Erstgerichts - auf sämtliche über den Angeklagten verhängten Strafen anzurechnen.

Mit seiner Berufung war der Angeklagte auf die getroffenen Entscheidungen zu verweisen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E03169

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

ECLI:AT:OGH0002:1981:0120OS00130.8.0521.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19810521\_OGH0002\_0120OS00130\_8000000\_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)