

# TE OGH 1981/3/3 100s168/80

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.03.1981

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 3. März 1981

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Racek in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini, Dr. Schneider, Dr. Friedrich und Dr. Hörburger als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. König als Schriftführer in der Strafsache gegen Mustafa A und einen anderen wegen des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG und einer anderen strafbaren Handlung über die von den Angeklagten Mustafa A und Ahmet B gegen das Urteil des Landesgerichtes Eisenstadt als Schöffengericht vom 3. September 1980, GZ 8 Vr 78/80-91, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini, und der Ausführungen der Verteidiger Dr. Slowik und Dr. Waldeck und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Gehart, zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Ahmet B wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch wegen des Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG hinsichtlich dieses Angeklagten und gemäß § 290 Abs 1 StPO auch bezüglich des Angeklagten Mustafa A (sohin im ganzen Punkt 2 des Urteilssatzes) sowie in dem fälschlich (auch) auf § 28 Abs 2 StGB gestützten Ausspruch über die Verhängung von Geldstrafen nach dem Finanzstrafgesetz aufgehoben und die Sache an das Erstgericht zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung zurückverwiesen.

Ansonsten wird die Nichtigkeitsbeschwerde dieses Angeklagten (im übrigen) sowie jene des Angeklagten A (zur Gänze) verworfen. Mit seiner Berufung, soweit sie sich gegen die verhängte Geldstrafe richtet, wird der Angeklagte A auf diese Entscheidung verwiesen. Im übrigen wird den Berufungen nicht Folge gegeben. Gemäß § 390 a StPO fallen den Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 25. Dezember 1941 geborene Mustafa A und der am 13. August 1951 geborene Ahmet B - zwei türkische Staatsbürger - des Verbrechens (wider die Volksgesundheit) nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG und des Finanzvergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs 1, 38 Abs 1 lit a FinStrG schuldig erkannt. Im Einklang mit § 22 Abs 1 FinStrG, der als Sonderbestimmung dem (im Urteil zitierten) § 28 Abs 2 StGB vorgeht, wurden sie zu gesonderten Freiheits- und Geldstrafen verurteilt.

Nach den wesentlichen Urteilsfeststellungen beförderten die Angeklagten in Ausführung eines gemeinsamen Entschlusses, wiederholt Heroin in größeren Mengen (aus der Türkei aus- und) in die Bundesrepublik Deutschland einzuführen, um dieses Suchtgift dort gewinnbringend zu verkaufen, im Jänner 1980 (gemeinsam mit einem PKW

reisend) 289,6 Gramm Heroin, dessen Diacetylmorphingehalt 194 Gramm reiner Heroinbase entsprach (S 197), durch Bulgarien, Rumänien und Ungarn bis an den österreichischen Grenzort Nickelsdorf, wo das in Hohlräumen der Schuhsohlen und

-absätze des Mustafa A versteckt gewesene Suchtgift bei einer genauen Kontrolle im Zuge der Zollrevision am 18. Jänner 1980 entdeckt wurde.

Den auf Grund dieser Feststellungen ergangenen Schuldspruch bekämpfen beide Angeklagte mit getrennt ausgeführten Nichtigkeitsbeschwerden; ziffernmäßig macht Mustafa A die Nichtigkeitsgründe der Z 9 lit a und 10, Ahmet B jene der Z 5 und 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO geltend.

Der Angeklagte Mustafa A erblickt eine Urteilsnichtigkeit nach Z 10 im Fehlen einer Feststellung, daß die Herbeiführung einer (abstrakten) Gemeingefahr (für das Leben oder die Gesundheit von Menschen in größerer Ausdehnung) in seinem Vorsatz lag; seine Handlungsweise sei deshalb nicht dem § 12 Abs 1 SuchtgiftG, sondern lediglich

- als unberechtigter Besitz eines Suchtgiftes - dem § 16 Abs 1 Z 2 (letzter Fall) dieses Gesetzes zu unterstellen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die Rechtsrüge muß schon deshalb versagen, weil aus der gegenständlichen Menge von 289,6 Gramm Heroin nach den Urteilsannahmen die im vorliegenden Sachverständigengutachten Deckung finden, bis zu 57.800 Einzeldosen gewonnen werden können, woraus sich zeigt, daß die angeführte Menge außer jeder Relation zum möglichen Eigenbedarf einer begrenzten Personenzahl steht. War diese Suchtgiftmenge, wie das Erstgericht weiters als erwiesen annahm, nach dem von den Angeklagten verfolgten Tatplan für den Absatz in der Bundesrepublik Deutschland bestimmt, so liegt auf der Hand, daß der Beschwerdeführer weder gewillt war noch überhaupt imstande gewesen wäre, dessen Verbreitung derart zu begrenzen, daß eine abstrakte Gemeingefahr in der Bedeutung des § 12 Abs 1 SuchtgiftG nicht entstehen konnte. Mithin reichen die getroffenen Feststellungen aus, um den Beschwerdeführer das Verbrechen nach § 12 Abs 1

SuchtgiftG zu Recht anzulasten (vgl die Judikaturangaben jeweils zu § 6 /alter Zählung/ SuchtgiftG bei Leukauf-Steininger, Strafrechtliche Nebengesetze, Nr 34 sowie bei Mayerhofer-Rieder, Nebengesetze/2.Halbband, Nr 14 und 16). Gegen die Annahme gewerbsmäßiger Begehung (und demzufolge gerichtlicher Strafbarkeit: §§ 38 Abs 1 lit a, 53 Abs 1 lit a FinStrG) des ihm darüber hinaus (mit dem Verbrechen nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG ideell konkurrierend) zur Last gelegten Schmuggels wendet der Angeklagte Mustafa A unter Anrufung des Nichtigkeitsgrundes nach Z 9 lit a (sachlich abermals Z 10) StPO ein, den Urteilsfeststellungen sei nicht eindeutig zu entnehmen, ob das geschmuggelte Heroin in Teilmengen und nicht etwa auf einmal verkauft werden sollte; nur unter der erstgenannten Voraussetzung könnte aber gesagt werden, daß sich die Täter eine fortlaufende Einnahme verschaffen wollten.

Für die gewerbsmäßige Begehung eines Schmuggels im Sinne des § 38 Abs 1 lit a FinStrG ist es jedoch - entgegen der Meinung des Beschwerdeführers - ohne maßgebende Bedeutung, ob sich der Täter durch den sukzessiven Verkauf der einmal geschmuggelten Ware eine fortlaufende Einnahme verschaffen will; seine Absicht muß vielmehr darauf gerichtet sein, eine solche Einnahme durch die wiederkehrende Begehung der Tat - hier also des Schmuggels - zu gewinnen (EvBl 1975/14 ua). Gerade dieses essentielle Merkmal gewerbsmäßiger Tatbegehung nahm aber das Erstgericht im vorliegenden Fall den vom Beschwerdeführer insoweit offenbar mißverstandenen Urteilsgründen zufolge als gegeben an, indem - worauf aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde des Zweitangeklagten noch zurückzukommen ist - konstatiert wurde, daß die Angeklagten vereinbart hätten, wiederholt Heroin nach der Bundesrepublik Deutschland zu schmuggeln, um es dort mit Gewinn zu verkaufen (Band II S 26, 35). Sihin erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mustafa A zur Gänze als unbegründet.

Der Angeklagte Ahmet B rügt in Ausführung des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 5 StPO eine Reihe von Begründungsmängeln des angefochtenen Urteils;

dies jedoch, soweit es sich um die den Schuldspruch nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG tragenden Feststellungen handelt, zu Unrecht. Vor allem verkennt der Beschwerdeführer, daß es die freie Beweiswürdigung (§ 258 Abs 2 StPO) dem Gericht grundsätzlich ermöglicht, einem Angeklagten (nur) bezüglich eines Teiles seiner Angaben Glauben zu schenken, ihm aber zugleich bezüglich anderer Angaben den Glauben zu versagen.

Es stellt daher weder einen inneren Widerspruch noch sonst einen Mangel des Urteils dar, wenn das Schöffengericht aus den von ihm angeführten Gründen die Aussagen des Angeklagten A vor der Finanzstrafbehörde und vor dem

Untersuchungsrichter, wonach er die Schuhe, in deren Sohlen und Absätzen das Heroin verborgen war, vom Angeklagten B bzw von dessen Bruder erhalten habe, im Zusammenhang mit anderen Umständen als ein den Beschwerdeführer (zusätzlich) belastendes Indiz heranzog, obwohl es andererseits dem Angeklagten A dessen bei denselben Gelegenheiten vorgebrachte weitere Verantwortung nicht glaubte, er habe vom Vorhandensein des solcherart versteckten Heroins keine Kenntnis gehabt. Die Frage, ob einer der Angeklagten selbst oder ein Dritter das erwähnte Schmuggelversteck präpariert hat, betrifft in diesem Fall keine entscheidende Tatsache, weshalb darin, daß sich das Erstgericht hierüber in seinem Urteil nicht mit Bestimmtheit ausspricht, keine relevante Undeutlichkeit erblickt werden kann. Die Konstatierung schließlich, daß der Beschwerdeführer schon im Jahre 1978 in Jugoslawien wegen Schmuggels von 8.800 Gramm Cannabis harz verhaftet und zu einer Freiheitsstrafe verurteilt worden war, konnte ohne weiteres auf eine dem Bundesministerium für Inneres zugekommene Nachricht von Interpol Ankara gestützt werden (S 115/I; siehe hiezu auch S 51/I); und dies umso eher, als der Beschwerdeführer, dem in der Hauptverhandlung diese Mitteilung ersichtlich vorgehalten wurde, die Tatsache der erfolgten Verurteilung ausdrücklich als richtig zugab (S 340, 349/I in Verbindung mit S 3/II).

Soweit der Angeklagte B eine Undeutlichkeit (Z 5) der die angenommene gewerbsmäßige Begehung des Schmuggels betreffenden Urteilsfeststellungen darin erblickt, daß das Fehlen eines Beistrichs an der betreffenden Stelle der Urteilsausfertigung nicht erkennen lasse, ob sich der relevante Ausdruck 'wiederholt' auf das im vorangehenden Satzteil erwähnte 'Vereinbaren' (der Angeklagten) oder (als Gegenstand der Vereinbarung) auf das danach genannte 'Einführen' (von Heroin in die Bundesrepublik Deutschland) bezieht, genügt der Hinweis, daß das vermißte Satzzeichen in der für die Überprüfung des Urteils allein maßgeblichen Urschrift an entsprechender Stelle vor dem Wort 'wiederholt' steht (S 26/II), wodurch der Sinn der betreffenden Konstatierung dahin klargestellt erscheint, daß nach der Überzeugung des Gerichtes die beiden Angeklagten vereinbarten, den Schmuggel wiederholt zu begehen. Zu Recht rügt aber der Angeklagte B - und zwar der Sache nach auch mit seinem unter Zitierung der Z 9 lit a ausschließlich gegen den zuletzt erörterten Urteilsausspruch gerichteten Beschwerdevorbringen -, daß für die Annahme, A und er hätten eine wiederholte Begehung gleichartiger Straftaten beabsichtigt, im angefochtenen Urteil mit den Hinweisen auf die 'verwegene Vorbereitung' der ausgeführten Tat, die 'große Menge' des Suchtgiftes und einschlägige Vorstrafen in Wahrheit nur Scheingründe angegeben sind. Denn der Umstand allein, daß eine Straftat sorgfältig vorbereitet wurde, läßt noch keinen Schluß auf eine Wiederholungsabsicht zu (ÖJZ-LSK 1978/ 331 zu § 70 StGB), selbst wenn der Täter - was hier dahingestellt bleiben kann - im Einzelfall 'verwegen', dh nach allgemeinem Sprachgebrauch ungeachtet erkennbarer Gefahr (der Entdeckung) vorgeht. Die einmal geschmuggelte Menge besagt gleichfalls nichts über das Vorliegen einer Wiederholungsabsicht. Bei der an sich gebotenen Würdigung des Gesamtverhaltens des Täters (vgl SSt 46/52 ua) hat schließlich auch eine - wie hier im Fall des Beschwerdeführers - nahezu zwei Jahre zurückliegende gleichartige (Einzel-)Tat keinen hinreichenden Aussagewert bezüglich seiner Absicht, solche Taten auch in Zukunft wiederholt zu begehen (vergl. auch die bei Dorazil-Harbach-Reichel-Kropfisch, Kommentar zum Finanzstrafgesetz, unter Nr 5 zu § 38 FinStrG zitierten Entscheidungen).

Von der gewerbsmäßigen Begehung des Schmuggels hängt vorliegend die Zuständigkeit des Gerichtes zur Ahndung des Finanzvergehens ab, da keine der sonstigen im § 53 FinStrG hierfür normierten Voraussetzungen gegeben ist. In diesem Umfang ist das angefochtene Urteil, wie dargetan, mit einem von dem Angeklagten Ahmet B zutreffend gerügten Begründungsmangel behaftet (§ 281 Abs 1 Z 5 StPO), der die Aufhebung des davon betroffenen (Teil-)Schuldspruches sowie der darauf beruhenden - gesonderten (§ 22 Abs 1 FinStrG) - Verurteilung zu einer Geldstrafe erforderlich macht. Da dieselben Gründe, auf denen die Verfügung zugunsten des Angeklagten Ahmet B beruht, auch dem Mitangeklagten Mustafa A zustatten kommen, der den vorliegenden Begründungsmangel nicht durch deutliche und bestimmte Bezeichnung gerügt hat, wäre gemäß § 290 Abs 1 StPO von Amts wegen so vorzugehen, als hätte auch dieser Angeklagte den gegebenen Nichtigkeitsgrund gleichfalls geltend gemacht.

Im erneuerten Verfahren wird gegebenenfalls zu beachten sein, daß der Schmuggel nach den festgestellten Umständen der Tat beim Versuch geblieben ist (SSt 46/15 ua).

Die auf der Kassierung des Schuldspruches nach dem Finanzstrafgesetz basierende Aufhebung der (sachlich i.S des § 22 Abs 1 FinStrG) gesondert ergangenen Strafaussprüche führte zur Verweisung des Angeklagten A mit seiner Berufung, insoweit sich diese (der Sache nach) gegen die wegen des Finanzvergehens verhängte Geldstrafe richtet, auf

die bezügliche Entscheidung; daß die Berufungsausführungen die wahre Grundlage für die Festsetzung der in Rede stehenden Strafe offenbar nicht erkennen, sondern - irrig - davon ausgehen, es handle sich um eine - fakultative - Geldstrafe nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG sei bloß nur noch der Vollständigkeit halber am Rande erwähnt.

Im übrigen erweisen sich die Berufungen, mit denen beide Angeklagten eine Herabsetzung der nach § 12 Abs 1

SuchtgiftG ausgesprochenen Freiheitsstrafen von je zweieinhalb Jahren anstreben und der Angeklagte B außerdem bedingte Strafnachsicht begehrt, als unberechtigt.

Das Erstgericht nahm bei der Strafzumessung jeweils als erschwerend das Zusammentreffen von zwei strafbaren Handlungen und eine Vorstrafe wegen einer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Tat sowie die große Suchtgiftmenge an, als mildernd hingegen beim Angeklagten A nur ein teilweises reumütiges Geständnis und beim Angeklagten B überhaupt keinen Umstand.

Wenngleich der Erschwerungsgrund des Zusammentreffens zweier strafbarer Handlungen in Wegfall zu kommen hat, weil wegen des bereits erwähnten, hier Platz greifenden Kumulationsprinzips (§ 22 Abs 1 FinStrG) ohnedies für das Suchtgiftdelikt einerseits und für das Finanzvergehen andererseits gesonderte Strafen auszusprechen (und auch tatsächlich festgesetzt worden sind) erscheint das Ausmaß der über beide Angeklagten verhängten Freiheitsstrafen schon angesichts der großen Menge des den Gegenstand des Schuldspruchs bildenden - äußerst gefährlichen - Rauschgiftes Heroin vom Unrechtsgehalt der Tat und der Schuld der Täter her keineswegs überhöht; außerdem kommt im Hinblick auf das Ansteigen der Suchtgiftdelikte auch aus Gründen der Generalprävention eine Herabsetzung nicht in Betracht. Nicht zuletzt im Hinblick auf den Umstand, daß es der Angeklagte A war, der das - in einem Schuh versteckte - Suchtgift bei sich getragen hatte, erachtet der Oberste Gerichtshof es dabei nicht als unbillig, wenn über ihn trotz des von ihm geleisteten Beitrags zur Wahrheitsfindung keine geringere Strafe verhängt worden ist als über den Mitangeklagten B, bezüglich dessen die Gewährung bedingter Strafnachsicht sohin schon wegen der (zwei Jahre übersteigenden) Strafdauer ausscheidet (s § 43 Abs 2 StGB).

Im neuen Verfahren wegen des Finanzvergehens wird zu beachten sein, daß im Falle eines abermaligen Schuldspruches die - sonst (nämlich bei gemeinsamer Ahndung von Suchtgift- und Finanzdelikten) gebotene Anrechnung der Vorhaft gemäß § 38 StGB auch auf die nach dem Finanzstrafgesetz zu verhängende Strafe zu entfallen haben wird, weil das angefochtene Urteil hinsichtlich des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG (mit der gegenständlichen Entscheidung) in (Teil-)Rechtskraft erwachsen und damit insoweit gemäß § 397 erster Satz StPO ungesäumt in Vollzug zu setzen ist, wodurch die Vorhaftanrechnung sowohl in bezug auf den bereits von jenem Urteil erfaßten, als auch in Ansehung des noch im Sinne des § 400 StPO unverzüglich anzurechnenden Abschnitts (sogenannte 'Zwischenhaft') bei der Vollstreckung effektiv wird, sodaß einer weiteren Berücksichtigung (im 2. Rechtsgang) das Anrechnungsverbot des § 38 Abs 1 letzter Teilsatz (1. Alternative) StGB entgegensteht (vgl Leukauf-Steininger, Komm.2, RN 9 zu dieser Gesetzesstelle).

#### **Anmerkung**

E03040

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

ECLI:AT:OGH0002:1981:0100OS00168.8.0303.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19810303\_OGH0002\_0100OS00168\_8000000\_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)