

# TE OGH 1980/10/14 90s73/80

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 14.10.1980

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 14. Oktober 1980

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Obauer und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth, Dr. Steininger, Dr. Horak und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Hausenberger als Schriftführerin in der Strafsache gegen Philippe A wegen des teils vollendeten, teils versuchten Verbrechens nach §§ 6 Abs. 1 SuchtgifG und 15 StGB sowie anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung des Angeklagten sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 21. Feber 1980, GZ. 6 d Vr 11087/79-18, nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Steininger, Verlesung der Berufungsschrift der Staatsanwaltschaft und Anhörung der Ausführungen des Verteidigers Dr. Stern sowie der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalt Dr. Stöger, zu Recht erkannt:

## Spruch

I/ Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

II/ Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde wird gemäß§ 290 Abs. 1 StPO das angefochtene Urteil, das im übrigen, nämlich im Schulterspruch zu Punkt I/ des Urteilssatzes, im Ausspruch über den Verfall des sichergestellten Suchtgifts und im Freispruch unberührt bleibt, 1. im Schulterspruch wegen Vergehens nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgifG (Punkt II/ des Urteilssatzes) und 2. im Schulterspruch wegen Vergehens des teils vollendeten, teils versuchten Schmuggels nach §§ 35 Abs. 1, 13 FinStrG (Punkt III/ des Urteilssatzes) 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:

1. Philippe A wird von der wider ihn erhobenen Anklage, er habe im Sommer der Jahre 1974 bis 1977 jeweils 5 Gramm Heroin unerlaubt in Österreich in Besitz gehabt, gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen. Für das ihm weiterhin zur Last fallende teils vollendete, teils versuchte Verbrechen nach § 6 Abs. 1 (nunmehr § 12 Abs. 1) SuchtgifG, § 15 StGB (Punkt I/ des Urteilssatzes) wird Philippe A nach § 6 Abs. 1

(nunmehr § 12 Abs. 1) SuchtgifG zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 3 1/2 (dreieinhalb) Jahren sowie gemäß§ 389 StPO zum Ersatz der Kosten des Strafverfahrens verurteilt.

Gemäß § 38 StGB wird die Vorhaft vom 18. Dezember 1979, 11,30 Uhr, bis zum 21. Feber 1980, 13,00 Uhr, auf diese Strafe angerechnet.

2. Philippe A wird von der (weiters) wider ihn erhobenen Anklage, er habe am 18. Dezember 1979 in Schwechat dadurch, daß er 470 Gramm Heroin und 10 Thaisticks mit 15,3 Gramm Blattmaterial den österreichischen Zollorganen verheimlichen wollte, und er habe im Sommer 1977

5 Gramm Heroin den österreichischen Zollorganen verheimlicht, eingangsabgabepflichtige Waren, auf welche Eingangsabgaben von insgesamt 416.920 S entfallen, vorsätzlich unter Verletzung einer zollrechtlichen Stellungs- und Erklärungspflicht, dem Zollverfahren zu entziehen versucht bzw. entzogen, und er habe diese Taten begangen, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, wegen Unzuständigkeit der Gerichte gemäß § 214 FinStrG freigesprochen. III. Mit ihren Berufungen werden der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf die getroffenen Entscheidungen verwiesen. Gemäß § 390 a StPO fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 15. Juni 1953 geborene Krankenpfleger Philippe A, ein französischer Staatsbürger, I/ des teils vollendeten, teils versuchten Verbrechens nach §§ 6 Abs. 1 SuchtgiftG, 15 StGB, II/ des Vergehens nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG und III/ des (Finanz-)Vergehens des teils vollendeten, teils versuchten Schmuggels nach §§ 35 Abs. 1, 13 FinStrG schuldig erkannt.

Nach dem Inhalt des Schulterspruchs hat er I/ am 18. Dezember 1979 vorsätzlich den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift in solchen Mengen im Luftweg aus Thailand ausgeführt und in Schwechat nach Österreich einzuführen versucht, daß daraus in größerer Ausdehnung eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen konnte, indem er bei seiner Ausreise aus Thailand im Flugzeug 470 Gramm Heroin und 10 Thaisticks mit sich führte und diese Suchtgiftmenge nach seiner Ankunft im Flughafen Schwechat nach Österreich bringen wollte;

II/ im Sommer der Jahre 1974 bis 1977 in Österreich jeweils 5 Gramm Heroin unberechtigt besessen;

III/ eingangsabgabepflichtige Waren in einem strafbestimmenden Wertbetrag von insgesamt 416.920 S vorsätzlich unter Verletzung einer zollrechtlichen Stellungs- und Erklärungspflicht dem Zollverfahren dadurch 1. entzogen, daß er im Sommer 1977 die unter Punkt II/ angeführten, damals in seinem Besitz befindlichen 5 Gramm Heroin bei seiner Einreise nach Österreich vor den österreichischen Zollorganen verheimlichte, 2. zu entziehen versucht, daß er am 18. Dezember 1979 in Schwechat die zu Punkt I/ angeführten Suchtgiftmengen bei seiner Einreise nach Österreich vor den österreichischen Zollorganen verbergen wollte.

Entgegen dem Anklagevorwurf wurde gewerbsmäßige Begehung des Schmuggels nicht angenommen; von dem weiteren Anklagevorwurf des (gewerbsmäßigen) Schmuggels, begangen in den Sommermonaten der Jahre 1974 bis 1976 in Österreich in Ansehung von jeweils (weiteren) 5 Gramm Heroin, erfolgte ein Freispruch gemäß § 259 Z 3 StPO, der in Rechtskraft erwachsen ist.

Dieses Urteil bekämpft der Angeklagte in den Schultersprüchen zu Punkt I/ (teils vollendetes, teils versuchtes Verbrechen nach §§ 6 Abs. 1 SuchtgiftG, 15 StGB) und II/

(Vergehen nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG) mit einer auf die Z 5, 9 lit. a und 9 lit. b des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde sowie in Ansehung der über ihn gemäß § 6 Abs. 1 SuchtgiftG verhängten Freiheitsstrafe mit Berufung; die Staatsanwaltschaft bekämpft diesen Strafausspruch gleichfalls mit Berufung.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Nichtigkeitsbeschwerde kommt keine Berechtigung zu. Soweit der Beschwerdeführer in Bekämpfung seines Schulterspruchs wegen Vergehens nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG (Punkt II/ des Urteilssatzes) unter dem Gesichtspunkt des von ihm relevierten (bedingt temporären) sachlichen Strafausschließungsgrundes nach § 9 a SuchtgiftG dem Ersturteil Begründungs- und Feststellungsmängel vorwirft, genügt es, darauf zu verweisen, daß die Privilegierung nach § 9 a SuchtgiftG (in der Fassung vor der SuchtgiftG Nov. 1980) nur dann zum Tragen kommen kann, wenn der Täter ausschließlich wegen des unberechtigten Erwerbes oder Besitzes von Suchtgift (im Sinne des § 9 Abs. 1 Z 2 dritter und vierter Fall SuchtgiftG) angezeigt wird. Dies trifft vorliegend nicht zu, weil dem Beschwerdeführer nach dem Inhalt der Anzeige (vgl. ON 2 d.A) noch ein weiteres Delikt nach dem SuchtgiftG, nämlich jenes nach § 6 Abs. 1, nunmehr § 12 Abs. 1, leg.cit. in Verbindung mit § 15 StGB, zur Last fiel, dessen er auch schuldig gesprochen wurde (ÖJZ-LSK 1975/110; 1977/151). Zum Schulterspruch nach §§ 6 Abs. 1 (nunmehr § 12 Abs. 1) SuchtgiftG, 15 StGB (Punkt I/ des Urteilssatzes) bedurfte es - entgegen dem weiteren Beschwerdevorbringen - aber auch keiner näheren Erörterungen und Feststellungen über den täglichen Suchtgiftbedarf des Beschwerdeführers und seiner Freundin, war doch nach den insoweit unbekämpft gebliebenen und letztlich auf sein eigenes Geständnis (vgl. S 72 d.A) gestützten Urteilsannahmen

zumindest die Hälfte der zu Punkt I/ des Urteilssatzes angeführten Suchtgiftmenge zum Weiterverkauf (in Paris) durch seinen (nicht süchtigen) Freund bestimmt (S 88 d.A).

Schon auf Grund dieser - nach dem Plan des Beschwerdeführers - jedenfalls zum Weiterverkauf vorgesehenen und weit über der sogenannten Grenzmenge (von 0,5 Gramm) liegenden Suchtgiftmenge von rund 235 Gramm Heroin konnte das Schöffengericht einen auf Herbeiführung einer (abstrakten) Gemeingefahr im Sinne des § 6 Abs. 1 (nunmehr § 12 Abs. 1) SuchtgiftG gerichteten Vorsatz des Beschwerdeführers als erwiesen annehmen, war doch der Beschwerdeführer angesichts dieser zu einer potentiellen Gefährdung eines größeren Personenkreises ausreichenden Heroinmenge und der in Aussicht genommenen, von ihm nicht mehr kontrollierbaren Verteilung derselben in Form des Weiterverkaufs durch einen Dritten in concreto weder willens noch in der Lage, die mit der Weitergabe dieses Suchtgifts verbundene Gefahr jederzeit so weit zu begrenzen, daß sie das im § 6 Abs. 1 (nunmehr § 12 Abs. 1) SuchtgiftG umschriebene Ausmaß nicht erreichen konnte (ÖJZ-LSK 1979/271). Daher gehen die Einwände des Beschwerdeführers, mit welchen er dem Ersturteil in Ansehung der Annahme eines Handelns mit Gefährdungsvorsatz eine unvollständige Begründung vorwirft, fehl.

Die Beschwerde versagt aber auch, soweit der Beschwerdeführer - formell aus den Nichtigkeitsgründen der Z 9 lit. a und 9 lit. b des § 281 Abs. 1 StPO, der Sache nach aber nur aus dem letztbezeichneten Nichtigkeitsgrund (vgl. Gebert-Pallin-Pfeiffer III/2 Nr. 10 c zu § 281 Z 9 lit. b StPO) - gegen den Schulterspruch wegen (insoweit vollendeten) Verbrechens nach § 6 Abs. 1 (nunmehr § 12 Abs. 1) SuchtgiftG durch Ausfuhr des unter Punkt I/ des Urteilssatzes angeführten Suchtgifts aus Thailand einwendet, er könne als Ausländer wegen dieser Ausfuhr (als Auslandstat) in Österreich nicht bestraft werden, weil durch diese Tathandlung österreichische Interessen nicht verletzt worden seien und im übrigen die Auslieferung des Beschwerdeführers keineswegs ausgeschlossen sei, sodaß es (insoweit) an der inländischen Strafgewalt fehle. Denn es wurde infolge dieser Ausfuhr das in Rede stehende Suchtgift - entsprechend dem von vornherein bestehenden Tatplan des Beschwerdeführers (S 87 d.A) -, wenn auch nur vorübergehend im Transitweg, heimlich nach Österreich gebracht, weshalb (schon) durch die (zum Zwecke der Verbringung des Suchtgifts nach Österreich erfolgte) Ausfuhr (und nicht erst durch die Einfuhr nach Österreich) österreichische Interessen im Sinne des § 64 Abs. 1 Z 4

StGB verletzt wurden. Daran ändert der Umstand nichts, daß die Einfuhr nach Österreich letztlich nicht gelungen ist; genug daran, daß sich das zur Verteilung (wo immer) bestimmte Suchtgift kurzfristig, nämlich bis zu seiner Entdeckung, nachdem der Beschwerdeführer den Zollabfertigungsraum (durch den 'Grünausgang') bereits verlassen hatte (vgl. abermals S 87 d.A), heimlich in Österreich befunden hat und solcherart das Recht Österreichs auf Regelung und Kontrolle der Ein- bzw. Durchfuhr von Suchtgiften (siehe dazu § 1 a SuchtgiftG sowie Art. 21, 30 und 31 der Einzigsten Suchtgiftkonvention, BGBl. 1978 Nr. 531) verletzt wurde (vgl. in diesem Sinne auch 9 Os 98/79 vom 13. November 1979). Da sohin die österreichische Strafgewalt in Ansehung der Ausfuhr des in Rede stehenden Suchtgifts schon wegen Verletzung österreichischer Interessen gegeben ist, bedurfte es keiner Erörterung der Frage, ob der Beschwerdeführer ausgeliefert werden kann oder nicht.

Die zur Gänze unbegründete Nichtigkeitsbeschwerde war sohin zu verwerfen.

Aus Anlaß dieser Nichtigkeitsbeschwerde hat sich jedoch der Oberste Gerichtshof davon überzeugt, daß das angefochtene Urteil in mehrfacher Richtung zum Nachteil des Angeklagten mit materiellrechtlichen Nichtigkeiten behaftet ist, die in der Nichtigkeitsbeschwerde ungerügt geblieben sind.

In Ansehung des Schulterspruchs wegen Vergehens nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG (Punkt II/ des Urteilssatzes) hat das Erstgericht übersehen, daß der öffentliche Ankläger bereits am 9. Jänner 1980 (nach erfolgter Einleitung der Voruntersuchung gegen den Angeklagten) zugleich mit Einbringung der Anklageschrift (wegen Verbrechens nach §§ 6 Abs. 1 SuchtgiftG, 15 StGB und wegen Finanzvergehens nach §§ 13, 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a FinStrG) die Erklärung abgegeben hat, zu einer weiteren Verfolgung des Angeklagten wegen § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG keinen Grund zu finden (§ 90 StPO aus dem Grunde des § 34 Abs. 2 Z 1 StPO), worauf das Verfahren in diesem Umfang mit Beschuß vom 16. Jänner 1980 in diesem Sinne eingestellt wurde.

Die Abgabe dieser Erklärung des öffentlichen Anklägers konnte sich nach der Aktenlage nur auf den unberechtigten Besitz von jeweils etwa 5 Gramm Heroin in den Jahren 1974 bis 1977 in Österreich beziehen (vgl. S 31/32 d.A) und erfolgte ohne Vorbehalt der späteren Verfolgung des Angeklagten wegen dieser Straftat (S 3 d.A). Sie bewirkte daher das Erlöschen des diesbezüglichen Anklagerechts. Somit hätte die vom öffentlichen Ankläger in der Hauptverhandlung

vorgenommene Ausdehnung der Anklage (auch) wegen unberechtigten Besitzes von je 5 Gramm Heroin im Sommer der Jahre 1974 bis 1977 (§ 74 d.A) nur nach erfolgter Wiederaufnahme des Verfahrens in diesem Umfang gemäß § 352 Abs. 1 StPO vorgenommen werden dürfen. Der auf Grund dieser Anklageausdehnung gefällte, das Verfolgungshindernis des Verbrauchs des Anklagerechts mißachtende Schultdspruch wegen Vergehens nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG (Punkt II/ des Urteilssatzes) ist demnach nichtig (§ 281 Abs. 1 Z 9 lit. b StPO). Der angeführte Nichtigkeitsgrund haftet dem in Rede stehenden Schultdspruch überdies auch deshalb an, weil die ihm zugrundeliegende Straftat angesichts des angenommenen Tatzeitraums (bis Sommer 1977), der für das Vergehen nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG geltenden einjährigen Verjährungsfrist und des Umstands, daß das vorliegende Strafverfahren gegen den Angeklagten erst am 21. Dezember 1979 gerichtsanhangig wurde, verjährt war.

In Ansehung des Schultdspruchs wegen des Finanzvergehens des (teils vollendeten, teils versuchten) Schmuggels (Punkt III/ des Urteilssatzes) hat das Erstgericht hingegen zu Unrecht die gerichtliche Zuständigkeit zur Ahndung dieses Finanzvergehens angenommen, indem es von einem strafbestimmenden Wertbetrag von insgesamt 416.920 S, bestehend aus 52.190 S Zoll, 350.865 S Einfuhrumsatzsteuer und 5.690 S Außenhandelsförderungsbeitrag (zuzüglich eines Säumniszuschlags), ausgegangen ist, während - rechtsrichtig beurteilt - der strafbestimmende Wertbetrag nur 52.190 S beträgt, sohin unter 200.000 S liegt (§ 53 Abs. 2 lit. a FinStrG) und - da das Schöffengericht eine gewerbsmäßige Tatbegehung nicht angenommen hat (vgl. § 96 d.A) - auch sonst keine Umstände vorliegen, die eine gerichtliche Zuständigkeit zur Ahndung des Finanzvergehens zu begründen vermöchten.

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 nach der derzeit geltenden Rechtslage die Erhebung sowohl der Einfuhrumsatzsteuer als auch des Außenhandelsförderungsbeitrags für geschmuggeltes Suchtgift abgabenrechtlich unzulässig (vgl. in diesem Sinne auch Dorazil-Harbich-Reichel-Kropfitsch, Kommentar zum FinStrG, Anm. 14 zu § 35). Demzufolge durfte dem Angeklagten (vollendet bzw. versuchter) Schmuggel - entgegen der Auffassung der Generalprokuratur - nur in Ansehung des Zolls angelastet werden.

Nach den vom Vertreter der Finanzstrafbehörde in der Hauptverhandlung vorgelegten (und dem Ersturteil zugrundegelegten; vgl. § 82 d.A) Unterlagen über die Berechnung der hinterzogenen Abgaben (Beilagen A/ und B/ zu ON 16) - eine bescheidmäßige Festsetzung der Abgabenschuld ist im vorliegenden Fall nach der Aktenlage nicht erfolgt - beträgt der Zoll für das von Punkt III/ des Urteilssatzes erfaßte Suchtgift insgesamt 52.190 S (47.040 S für 470 Gramm Heroin + 150 S für 10 Thaisticks + 5.000 S für weitere 5 Gramm Heroin), liegt demnach unter 200.000 S.

In amtsweiger Wahrnehmung der dem Erstgericht im aufgezeigten Umfang unterlaufenen Rechtsirrtümer war sohin in Ansehung des Schultdspruchs zu Punkt II/ des Urteilssatzes mit einem Freispruch gemäß § 259 Z 3 StPO und in Ansehung des Schultdspruchs zu Punkt III/ des Urteilssatzes mit einem Freispruch gemäß § 214 FinStrG vorzugehen.

Die getroffene Sachentscheidung macht in Ansehung des verbleibenden Schultdspruchs wegen des teils vollendeten, teils versuchten Verbrechens nach § 6 Abs. 1 (nunmehr § 12 Abs. 1) SuchtgiftG und § 15 StGB die Neubemessung der Strafe erforderlich, wobei die Strafe nach der ersten Strafstufe der zitierten Gesetzesstelle (vgl. hiezu ÖJZ-LSK 1980/95) zu bemessen war.

Dabei wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend die einschlägige Vorstrafe (die nach der Aktenlage wegen eines Verhaltens erfolgte, das nach österreichischem Recht jedenfalls als Vergehen nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG /aF/ zu beurteilen ist) und die große Menge des Suchtgifts, als mildernd hingegen das Teilgeständnis und daß es teilweise beim Versuch geblieben ist. Ausgehend von diesen Strafummessungsgründen und unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze für die Strafbemessung (§ 32 Abs. 2 und 3 StGB) erachtete der Oberste Gerichtshof eine Freiheitsstrafe in der Dauer von 3 1/2 Jahren als tatschuldangemessen und täterpersönlichkeitsgerecht, zumal der Wegfall des Schultdspruchs wegen § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG kaum ins Gewicht fällt und - entgegen der von der Verteidigung im Gerichtstag vorgetragenen Auffassung - bei Ausmessung der Strafe auch auf die Belange der Generalprävention entsprechend Bedacht zu nehmen ist, soferne nur die Strafe insgesamt nicht das schuldadäquate Maß übersteigt.

Es war sohin spruchgemäß zu erkennen.

Die übrigen Entscheidungen beruhen auf den bezogenen Gesetzesstellen.

**Anmerkung**

E02864

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1980:0090OS00073.8.1014.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19801014\_OGH0002\_0090OS00073\_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)