jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 1980/9/22 12Os116/80

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 22.09.1980

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 22.September 1980

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. Köck als Schriftführerin in der Strafsache gegen Franz A u.e.a. wegen des Verbrechens wider die Volksgesundheit nach § 12 Abs. 1 SGG.

(neue Fassung) und einer anderen strafbaren Handlung über die vom Angeklagten Franz A gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 18.April 1980, GZ. 6 d Vr 1657/80-34, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Kral, der Ausführungen des Verteidigers, Rechtsanwalt Dr. Franz Grois und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Strasser, zu Recht erkannt:

Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen, insbesonders in Ansehung des Verfalles von 233 g Heroin sowie des nur den Erstangeklagten Walter B betreffenden Verfalles des Erlöses von 51.600 S und der über denselben Angeklagten verhängten Verfallsersatzstrafe in der Höhe von 32.150 S, im Nichteinbringungsfall zwei Monate Ersatzfreiheitsstrafe, unberührt bleibt, im Ausspruch der über den Zweitangeklagten Franz A gemäß § 6 Abs. 1 SGG.

(alte Fassung) verhängten Strafe sowie im gesamten § 289 StPO.) Ausspruch über den diesem Angeklagten gemäß § 6 Abs. 4 SGG. (alte Fassung) auferlegten Verfallsersatz aufgehoben und nach § 288 Abs. 2 Z. 3 StPO. in der Sache selbst erkannt:

Franz A wird nach dem ersten Strafsatz des § 12 Abs. 1 SGG. (neue Fassung) zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von dreieinhalb Jahren verurteilt.

Gemäß § 12 Abs. 4 SGG. (neue Fassung) wird über ihn eine Geldstrafe in der Höhe von 1,256.700 S, im Nichteinbringungsfall ein Jahr Freiheitsstrafe, verhängt.

Gemäß § 38 StGB. wird dem Angeklagten die Haft vom 15.Februar 1980, 8,20 Uhr, bis 4.März 1980, 12 Uhr, auf die verhängten Strafen angerechnet.

Gemäß § 389 StPO. hat dieser Angeklagte die Kosten des Verfahrens erster Instanz zu ersetzen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

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

Text

Gründe:

Dem Schuldspruch zufolge liegt als Verbrechen wider die Volksgesundheit nach dem § 6 Abs. 1 SGG. (alte Fassung) zur Last:

1. Dem am 29.Juni 1950 geborenen beschäftigungslosen Elektromechaniker Franz A a) die Ausfuhr von 1,5 kg Heroin aus der Türkei, dessen Einfuhr (nach Durchfuhr durch Österreich) nach Frankreich und dessen Weitergabe in Frankreich im Dezember 1979 sowie b) der Verkauf von zumindest 300 g und die schenkungsweise Überlassung von weiteren 3 g Heroin an den Erstangeklagten Walter B im Jänner 1980 (Pkt. I) B) des Schuldspruches) und 2.) dem Erstangeklagten Walter B das Inverkehrsetzen von insgesamt zumindest 38 g des zu Pkt. 1) b) genannten Suchtgiftes im Jänner 1980 (Pkt. I)

A) des Schuldspruches).

Der Erstangeklagte Walter B wurde ferner des Vergehens nach § 9 Abs. 1 Z. 1 und 2 SGG. (alte Fassung;

Pkt. II des Schuldspruches) schuldig gesprochen.

Beide Angeklagten wurden nach § 6 Abs. 1 SGG. (alte Fassung), der Zweitangeklagte Franz A wegen bandenmäßiger Begehung, jedoch nach der zweiten 'Strafstufe' (richtig: nach dem zweiten Strafsatz) dieser Gesetzesstelle, Walter B auch unter Anwendung des § 28 StGB., zu fünfzehn Monaten Freiheitsstrafe und Franz A zu dreieinhalb Jahren Freiheitsstrafe und beide Angeklagten zum Ersatz der Kosten des Strafverfahrens erster Instanz verurteilt. Gemäß § 6 Abs. 3 SGG. (alte Fassung) wurde auf Verfall des sichergestellten Heroins von 233 g und des Erlöses von 51.600 S erkannt.

Gemäß § 6 Abs. 4 SGG. (alte Fassung) wurde Walter B zu einer Geldstrafe in der Höhe von 32.150 S (83.750 S weniger 51.600 S), im Nichteinbringungsfall zwei Monate Freiheitsstrafe, und Franz A zu einer Geldstrafe in der Höhe von 1,333.750 S, im Nichteinbringungsfall ein Jahr Freiheitsstrafe, verurteilt. Beiden Angeklagten wurden gemäß § 38 StGB. die Vorhaftzeiten auf die verhängten Strafen angerechnet. Von einem weiteren Anklagefaktum wurde Franz A freigesprochen. Dieser Freispruch und das Walter B betreffende Urteil sind in Rechtskraft erwachsen.

Franz A bekämpft den Schuldspruch und den Strafausspruch mit Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung.

Rechtliche Beurteilung

Zutreffend rügt der Zweitangeklagte Franz A in seiner Nichtigkeitsbeschwerde ziffernmäßig unter den Nichtigkeitsgründen der Z. 5 und 10, der Sache nach der Z. 11 des § 281 Abs. 1 StPO. das Vorliegen eines Feststellungsmangels in Ansehung des nach dem 2. Strafsatz des § 6 Abs. 1 SGG. (alte Fassung) erfolgten Strafausspruches.

§ 12 Abs. 1 SGG. (§ 6 SGG., alte Fassung, hat mit 1.September 1980 die neue Bezeichnung § 12 erhalten;

Suchtgiftgesetznovelle 1980, BGBl. 319) normiert zwei Strafsätze, und zwar einen gleitenden Strafsatz mit beweglicher Obergrenze, enthaltend zwei Strafstufen von 1 bis zu 5 Jahren und bei erschwerenden Umständen bis zu 10 Jahren, für jene Täter, die das Verbrechen nicht als Mitglied einer Bande begehen, und einen zweiten Strafsatz von 1 bis zu 10 Jahren für jene Täter, die die Tat als Mitglied einer Bande begehen (vgl. SSt. 39/37 u.v.a.). Bandenmäßige Verübung des Deliktes nach § 12 Abs. 1 SGG. setzt zunächst (entsprechend auch der Begriffsbestimmung des § 278 Abs. 1 StGB.) die Verbindung mindestens dreier Personen zur fortgesetzten Begehung einer Mehrzahl von nur der Art nach bestimmten, den Tatbildmerkmalen des § 12 Abs. 1 SGG. entsprechenden, im einzelnen aber noch unbestimmten Straftaten sowie schließlich eine tatsächliche Deliktsbegehung in gemäß § 12 StGB. zurechenbarer Beteiligung voraus. In dieser Bedeutung ist als Mitglied einer Bande auch anzusehen, wer erst später zur Bande stößt und nur fallweise - jedoch in Kenntnis des Umstandes, damit die Ziele der Bande zu fördern - im Rahmen der Bande an einzelnen Straftaten derselben mitwirkt (ÖJZ-LSK. 1979/46).

Die in den Gründen des Ersturteils einzig und allein in einem Klammerausdruck enthaltene Annahme, der Zweitangeklagte sei 'als Mitglied einer Bande nach der zweiten Strafstufe' (des § 6 Abs. 1 SGG., alte Fassung) zu bestrafen gewesen (S. 318), stellt einen substanzlosen Gebrauch der verba legalia dar, der die für die Anwendung des

zweiten Strafsatzes des § 12 Abs. 1 SGG. (neue Fassung) erforderlichen, den erläuterten rechtlichen Kriterien entsprechenden Tatsachenfeststellungen nicht ersetzt. chenden Tatsachenfeststellungen nicht ersetzt.

Das Ersturteil ist daher insofern mit Nichtigkeit nach Z. 11 des§ 281 Abs. 1 StPO. behaftet, welche zur Aufhebung des Ausspruches der über den Beschwerdeführer nach § 6 Abs. 1 SGG. (alte Fassung) verhängten Strafe führen muß.

Da bei der gegebenen Fallkonstellation aber - bereits die Anklagebehörde hatte dem Beschwerdeführer bandenmäßige Verübung des Verbrechens nach § 6 Abs. 1 SGG. (alte Fassung) nicht angelastet (vgl. ON. 19 sowie ON 33 s. 302) -

auch in einem zu erneuernden Verfahren in erster Instanz Tatsachenfeststellungen, die nicht nur in objektiver, sondern auch in subjektiver Hinsicht die dargelegten Voraussetzungen des zweiten Strafsatzes des § 12 Abs. 1 SGG.

erfüllen, voraussichtlich nicht getroffen werden könnten, ist der Oberste Gerichtshof in der Lage, durch Fällung des Strafausspruches nach dem 1. Strafsatz der zitierten Gesetzesstelle, sogleich in der Sache selbst zu erkennen.

Die weiteren Einwände der Beschwerde, mit welchen der Beschwerdeführer ziffernmäßig unter dem Nichtigkeitsgrund der Z. 11 des § 281 Abs. 1 StPO. eine Verminderung der über ihn verhängten Verfallsersatzstrafe - deren Gesamtbetrag sich übrigens nicht, wie die Beschwerde vermeint, auf bloß 1,250.000 S beläuft, sondern um 83.750 S höher liegt (S. 309, 319) - um den sichergestellten Erlös von 51.600 S begehrt, sind hingegen nicht berechtigt, wenngleich der bekämpfte Ausspruch aus anderen als vom Beschwerdeführer geltend gemachten Gründen mit der erwähnten Nichtigkeit behaftet ist:

Das Erstgericht gliedert den dem Beschwerdeführer gemäß § 6 Abs. 4 SGG. (alte Fassung) auferlegten Verfallsersatz, jeweils ausgehend von einem durchschnittlichen Handelspreis von 2.500 S pro Gramm Heroin, in einen Drittelanteil für die, unter Beteiligung zweier weiterer Täter, aus der Türkei ausgeführte, nach Frankreich eingeführte und dort weitergegebene Heroinmenge von 1,5 kg (Pkt. I)

B) 1) des Schuldspruches) in der (anteiligen) Höhe von 1,250.000 S

und einen Hälfteanteil für die nicht ergriffene Restmenge von 67 g aus der vom Beschwerdeführer dem Mitangeklagten B überlassenen und von diesem bereits teilweise weiter in Verkehr gesetzten Suchtgiftmenge von 300 g (Pkt. I) B) 2) und A) des Schuldspruches) in der (anteiligen) Höhe von 83.750 S. Die über den Erstangeklagten B verhängte Verfallsersatzstrafe bemaß das Erstgericht demnach ebenfalls in der Höhe von 83.750 S (S. 319).

Im gegebenen Zusammenhang spricht das Ersturteil im Anschluß an das Verfallserkenntnis aus, daß sich 'die gemäß dem § 6 Abs. 4 SGG. verhängte Geldstrafe um die Höhe des verfallenen Erlöses (von 51.600 S) verringert' (S. 308).

Ferner wird in den Urteilsgründen, gleichsam programmatisch, erklärt, daß nach Rechtskraft des Urteiles die 'jeweilige', somit über jeden der beiden Angeklagten verhängte, Wertersatzstrafe im Umfang des für verfallen erklärten Erlöses in der Höhe von 51.600 S zu vermindern wäre (S. 319).

Der Ausspruch über den Verfallsersatz ist in mehrfacher Hinsicht verfehlt:

Zunächst verkennt das Erstgericht, wie auch die Beschwerde, daß die Veräußerung der Suchtgiftmenge von ca. 300 g durch den Zweitangeklagten an den Erstangeklagten (Pkt. I) B) 2) des Schuldspruches) und die daraufhin erfolgte Weitergabe eines Teiles hievon durch den Erstangeklagten (Pkt. I) A) des Schuldspruches) selbständige, getrennt zu beurteilende Straftaten darstellen und demnach insoferne keine Beteiligung (§ 12 StGB.) der beiden Angeklagten an ein und derselben Straftat vorliegt. Aus diesem Grunde hätte weder eine Aufteilung des, allein beim Erstangeklagten sichergestellten (S. 20, 29), diesem zugekommenen und gemäß § 6 Abs. 3 SGG. (alte Fassung) für verfallen erklärten, Erlöses von 51.600 S, noch jene der über die Angeklagtn nach § 6 Abs. 4 SGG. (alte Fassung) zu verhängenden Verfallsersatzstrafen Platz zu greifen.

Vielmehr wäre der von jedem Täter aus seiner strafbaren Handlung - nämlich der Weitergabe des Suchtgiftes an die nächste Person - erzielte (greifbare) Erlös für verfallen zu erklären, oder, sofern auf diesen nicht mehr gegriffen werden kann, in Ansehung jedes einzelnen Täters, unabhängig voneinander auf entsprechenden Verfallsersatz zu erkennen (SSt. 48/59 u.a.).

Wirkt sich die vom Erstgericht somit rechtsirrtümlicherweise vorgenommene Aufteilung des Verfallsersatzes auf die beiden Angeklagten insoferne zu ihrem Vorteil aus, so ist der Ausspruch über den Verfallsersatz dennoch zum Nachteil des Zweitangeklagten Franz A mit Nichtigkeit nach Z. 11 des § 281 Abs. 1 StPO. behaftet, weil das Erstgericht sich bei

der Bemessung der Höhe der, den unvollziehbaren Verfall des Suchtgiftrestes von 67 g substituierenden, Verfallsersatzgeldstrafe in Ansehung des Beschwerdeführers von einer weiteren unrichtigen Rechtsansicht leiten ließ.

Im Fall des Verkaufes des Suchtgiftes ist nämlich der tatsächlich erzielte Erlös, sofern er festgestellt werden kann und nicht Momente der Schenkung überwiegen, für die Höhe des Verfallsersatzes maßgebend, sonst der gemeine Wert des weitergegebenen Suchtgiftes (vgl. neuerlich SSt. 48/59).

Vorliegend hat nun das Erstgericht zum Urteilsfaktum I) B) 2) - zum Unterschied von den dem Erstangeklagten zur Last liegenden Weiterveräußerungen - ausdrücklich festgestellt, daß der vom Zweitangeklagten durch den Verkauf an den Erstangeklagten erzielte, nicht ergriffene, Erlös für 300 g Heroin 30.000 S (= 100 S pro Gramm) betrug (S. 313). Aus der vom Erstgericht seinen Feststellungen zugrundegelegten Verantwortung beider Angeklagten ergibt sich, daß der Zweitangeklagte bei diesem Verkauf über den illegalen Handelswert des Heroins nicht informiert war (S. 285, 297), sohin nur deshalb sich mit dem niedrigen Preis von 30.000 S einverstanden erklärte und die Höhe dieses Preises keineswegs vom Motiv einer Schenkung beeinflußt war.

Somit wäre die über den Zweitangeklagten verhängte Verfallsersatzstrafe rechtsrichtig in der Höhe des, nicht ergriffenen, Erlöses von 30.000 S zu bemessen gewesen. Da das Erstgericht den Verfallsersatz aber lediglich auf die nicht ergriffene Teilmenge von 67 g Heroin bezogen hat (vgl. S. 319) und dieser Ausspruch vom öffentlichen Ankläger unbekämpft geblieben ist, kann dem Beschwerdeführer nunmehr, zufolge des Verschlimmerungsverbotes des § 290 Abs. 2 StPO. (vgl. ähnlich in Ansehung der nach Tagessätzen ausgemessenen Geldstrafe ÖJZ-LSK. 1976/323), Verfallsersatz bloß in der Höhe des dieser Teilmenge entsprechenden Teilerlöses - also 6.700 S - auferlegt werden. In diesem Umfang erweist sich somit die den Ausspruch über den Verfallsersatz der Höhe nach bekämpfende Rechtsrüge des Zweitangeklagten im Ergebnis als begründet.

Der Nichtigkeitsbeschwerde des Zweitangeklagten Franz A war daher Folge zu geben und das angefochtene Urteil im Ausspruch der über den Zweitangeklagten gemäß § 6 Abs. 1 SGG. (alte Fassung) verhängten Strafe sowie im gesamten (§ 289 StPO.) Ausspruch den diesen Angeklagten gemäß § 6 Abs. 4 SGG. (alte Fassung) auferlegten Verfallsersatz aufzuheben und nach § 288 Abs. 2 Z. 3 StPO. durch Neubemessung der Strafe sowie der Verfallsersatzstrafe und der Anrechnung der Vorhaftzeit in der Sache selbst zu erkennen. Der Freispruch des Franz A sowie das gesamte Walter B betreffende Urteil - insbesonders auch der Ausspruch des Verfalls des sichergestellten Heroins in der Menge von 233 g sowie des Walter B allein berührenden Verfalls des Erlöses von 51.600 S und der über Walter B gemäß § 6 Abs. 4 SGG. (alte Fassung) verhängten Geldstrafe in der Höhe von 32.150 S (das ist der Verfallsersatz in der Höhe von 83.750 S weniger 51.600 S), im Nichteinbringungsfall zwei Monate Freiheitsstrafe - bleiben unberührt.

Über Franz A war die Strafe nach dem ersten Strafsatz des § 12 Abs. 1 SGG. zu verhängen. Bei der Strafbemessung war erschwerend die Wiederholung der Tat und die große Suchtgiftmenge, mildernd das Geständnis und seine Notlage.

Bei diesen Strafbemessungsgründen, vor allem unter Berücksichtigung der großen Menge Heroin und des Vorlebens des Angeklagten, war eine Freiheitsstrafe in der Dauer von dreieinhalb Jahren angemessen. Gemäß § 12 Abs. 4

SGG. war über Franz A eine Geldstrafe in der Höhe des Wertes der nicht ergriffenen 1,5 kg Heroin (Faktum I B 1) zu verhängen. Ausgehend von dem vom Erstgericht festgestellten gemeinen Wert des Heroins in der Höhe von 2.500 S pro Gramm und dem Aufteilungsschlüssel 33 % von 3,750.000 S (über diesen Aufteilungsschlüssel konnte der Oberste Gerichtshof zufolge des Verschlimmerungsverbotes des § 290 Abs. 2 StPO. nicht hinausgehen) war somit im Faktum I B 1 die Strafe in der Höhe von 1,250.000 S zu bemessen.

Betreffend des Faktums I B 2 konnte, wie bereits ausgeführt, der Verfallsersatz bloß in der Höhe des für eine Teilmenge von 67 g erzielten Erlöses auferlegt werden, denn nur bezüglich der Menge von 67 g erfolgte der Verfallsersatzausspruch des Erstgerichtes. Da der Erlös 100 S pro Gramm betrug, war somit der Verfallsersatz mit 6.700 S zu bemessen.

Für den Verfallsersatz in der Höhe von insgesamt 1,256.700 S war eine Ersatzfreiheitsstrafe in der Höhe von einem Jahr angemessen (§ 12 Abs. 5 SGG.).

Der Ausspruch über die Verpflichtung zum Ersatz der Kosten erster Instanz gründet sich auf§ 389 StPO., über die Haftanrechnung auf § 38 StGB.

Mit seiner Berufung war Franz A auf diese Entscheidung zu verweisen. Gemäß § 390 a StPO. fallen ihm auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Anmerkung

E02827

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:1980:0120OS00116.8.0922.000

Dokumentnummer

JJT_19800922_OGH0002_0120OS00116_8000000_000

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at