

# TE OGH 1980/4/30 11Os29/80

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.04.1980

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 30. April 1980 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. Hochleithner als Schriftführers in der Strafsache gegen Hamed A und andere wegen des Verbrechens nach dem § 6 Abs. 1 SGG. und anderer strafbarer Handlungen über die von den Angeklagten Mohamed Asghar B C und Monika D gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengerichtes vom 7. September 1979, GZ. 6 b Vr 1.222/79-88, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters Hofrates des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta, der Ausführungen der Verteidiger Rieger und Dr. Kunze und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwaltes Dr. Knob, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mohamed Asghar B C wird verworfen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten Monika D wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Ausspruch, daß die Beschwerdeführerin die im Punkt IV. des Schulterspruches angeführte Tat in der Absicht begangen habe, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, und demgemäß auch im Ausspruch, sie habe das Vergehen des gewerbsmäßigen Schmuggels nach dem § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG. begangen und in dem gemäß dem § 38 Abs. 1 FinStrG. ergangenen Strafausspruch aufgehoben und gemäß dem § 288 Abs. 2 Z. 3 StPO. im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Monika D wird für das ihr nach dem insoweit aufrecht gebliebenen Ersturteil zur Last fallende Vergehen des Schmuggels nach dem § 35 Abs. 1 FinStrG. als Beteiligte nach dem § 11 FinStrG. gemäß dem § 35 Abs. 4 FinStrG. zu einer Geldstrafe in der Höhe von 5.000 S, für den Fall der Uneinbringlichkeit zu einer Ersatzfreiheitsstrafe von 1 (einer) Woche verurteilt.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten Monika D verworfen.

Der Berufung des Mohamed Asghar B C wird, soweit sie sich gegen das Ausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe nach dem § 6 Abs. 4 SGG. richtet, dahin Folge gegeben, daß diese Ersatzfreiheitsstrafe auf 10 (zehn) Monate herabgesetzt wird.

Im übrigen wird der Berufung dieses Angeklagten nicht Folge gegeben. Der Berufung der Angeklagten Monika D wird dahin Folge gegeben, daß die über sie verhängte Freiheitsstrafe auf 15 (fünfzehn) Monate herabgesetzt wird.

Gemäß dem § 390 a StPO. fallen den Angeklagten Mohamed Asghar B C und Monika D auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden u.a. der am 5.August 1954 geborene pakistansche Staatsangehörige Mohamed Asghar B C und die am 10.Dezember 1952

geborene deutsche Staatsangehörige Monika D des Verbrechens nach dem § 6 Abs. 1 SGG. (der Angeklagte B C zum Teil als Beteiligter nach dem § 12 StGB.), des Vergehens des gewerbsmäßigen Schmuggels nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a FinStrG. (die Angeklagte D als Beteiligte, der Angeklagte B C zum Teil als Beteiligter nach dem § 11 FinStrG.) und des Vergehens nach dem § 9 Abs. 1 Z. 2 SGG. schuldig erkannt und hiefür zu Freiheits- und Geldstrafen verurteilt.

Sie bekämpfen dieses Urteil jeweils mit Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung.

#### I. Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mohamed Asghar B C:

Dieser Beschwerdeführer macht die Nichtigkeitsgründe der Z. 5, 9 lit. a und 11 des§ 281 Abs. 1 StPO. geltend.

Unter Anrufung des erstbezeichneten Nichtigkeitsgrundes behauptet er, das angefochtene Urteil sei unzureichend und unvollständig begründet, weil darin nicht entsprechend berücksichtigt würde, daß 'beide Frauen' (gemeint offenbar Susanne E und Monika D) süchtig gewesen, daher im Zeitpunkt ihrer polizeilichen Einvernahme unter Suchtgifteinfluß gestanden seien, und der Entscheidung nicht entnommen werden könne, welche Heroinmenge er laut Punkt I. B. (nicht wie in der Beschwerde irrtümlich zitiert D. 2.) des Schultests an Susanne E überließ.

#### **Rechtliche Beurteilung**

Mit diesen Ausführungen vermag er jedoch formale Begründungsmängel, wie sie zur Herstellung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs. 1 Z. 5 StPO. erforderlich wären, nicht aufzuzeigen. Denn das Erstgericht - das sich im übrigen in erster Linie auf die eigene Verantwortung des Beschwerdeführers stützte, der vor der Polizei (vgl. S. 79 ff./I), teils aber auch noch vor Gericht (vgl. S. 447 ff./I) geständig war - bezog die Süchtigkeit der genannten Personen ohnedies in den Kreis seiner Erwägungen ein (vgl. S. 471, 472/I). Auch im Zusammenhang mit dem Punkt I. B. 2. des Schultests ließ es keine (den getroffenen Feststellungen widersprechenden) Beweisergebnisse unberücksichtigt. Daß es aber die genaue Menge des Susanne E überlassenen Heroins nicht feststellen konnte, bedeutet weder einen Begründungs- noch einen Feststellungsmangel, zumal der (mit einheitlichem Vorsatz fortgesetzt handelnde) Beschwerdeführer in den übrigen ihm angelasteten Fällen (Punkte I. B. 1., 3. und C. sowie II. des Schultests) Suchtgifte in einem die (bei Heroin nur 0,5 Gramm betragende) sogenannte 'Grenzmenge' weit überschreitenden Ausmaß in Verkehr setzte oder (teils als Beteiligter) aus- und einführte, sodaß er auch bei der geringsten zusätzlichen Menge insgesamt das Verbrechen nach dem § 6 Abs. 1 SGG. verantworten muß. Soweit der Beschwerdeführer in weiterer Ausführung seiner Nichtigkeitsbeschwerde geltend macht, das Erstgericht habe die 'entlastenden Ergebnisse' der Aussage der Mitangeklagten Monika D nicht ausreichend und befriedigend herangezogen, bringt er weder den in diesem Zusammenhang ziffernmäßig geltend gemachten Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z. 9 lit. a StPO. - bei dessen Ausführung an den tatsächlichen Urteilsannahmen festgehalten und ein Vergleich mit dem darauf angewandten Gesetz angestellt werden muß - noch einen anderen Nichtigkeitsgrund zur gesetzmäßigen Darstellung. Vielmehr unternimmt er lediglich einen (im schöffengerichtlichen Verfahren) unzulässigen Angriff auf die freie Beweiswürdigung des erkennenden Gerichtes, das sich mit der (leugnenden) Verantwortung der Angeklagten D in der Hauptverhandlung ohnedies ausführlich auseinandersetzte, ihr jedoch den Glauben versagte (vgl. S. 481 ff./I).

Schließlich ist auch die vom Beschwerdeführer vertretene Auffassung abzulehnen, das angefochtene Urteil sei deshalb mit dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z. 11 StPO. behaftet, weil bei Verhängung der Verfallsersatzstrafe nach dem § 6 Abs. 4 SGG. die Bestimmung des § 19 StGB. nicht berücksichtigt wurde. Denn gemäß Artikel VII StRAG. findet das Tagessatzsystem (auch) auf gemäß dem § 6 Abs. 4 SGG. verhängte Verfallsersatzstrafen keine Anwendung. Diese Strafen haben sich nämlich am Wert oder Erlös der nicht mehr ergriffenen (sonst für verfallen zu erklärenden) Suchtgifte zu orientieren und sind daher weiterhin als Summengeldstrafen zu verhängen (vgl. Foregger-Serini, StGB.2, Anmerkung zu Art. VII StRAG., 525 sowie EvBl. 1976/59).

#### II. Zur Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten Monika D:

Diese Beschwerdeführerin stützt ihre Nichtigkeitsbeschwerde ausdrücklich auf die Nichtigkeitsgründe der Z. 4, 5 und 9 lit. a des § 281 Abs. 1 StPO.

Den erstgenannten Nichtigkeitsgrund erblickt sie darin, daß über die von ihrem Verteidiger in der Hauptverhandlung gestellten Beweisanträge auf Einholung eines psychiatrischen Gutachtens und auf Einvernahme der seinerzeit befaßten Polizeibeamten (vgl. S. 458, 459/I) nicht erkannt wurde. Sie wurde jedoch hierdurch in ihren

Verteidigungsrechten nicht beeinträchtigt.

Der Auffassung des Erstgerichtes, eine Beschußfassung über diese Anträge habe deshalb unterbleiben können, weil die Beschwerdeführerin in der Hauptverhandlung selbst erklärte, sie nicht zu stellen (S. 459/I), was eine Rückziehung beinhaltet, kann allerdings nicht gefolgt werden.

Denn im Fall notwendiger Verteidigung ist in Fragen des Beweisverfahrens bei Divergenzen zwischen Erklärungen des Angeklagten und solchen seines Verteidigers der Wille des Verteidigers maßgebend, so daß über einen vom Verteidiger gestellten Beweisantrag auch im Fall einer Rückziehung durch den Angeklagten entschieden werden muß (vgl. Gebert, Pallin, Pfeiffer, III/1, § 44 StPO., Nr. 41 u.a.). Anderseits ist aber der im Urteil (vgl. S. 487, 488/I) geäußerten Ansicht des Erstgerichtes beizupflichten, daß die Durchführung der beantragten Beweise aus sachlichen Gründen nicht notwendig war. Hatte die Beschwerdeführerin doch weder selbst behauptet, die Tragweite der von ihr bei der Polizei unterschriebenen Niederschrift nicht erfaßt zu haben - nur dieser Umstand wurde ja nach dem maßgeblichen Wortlaut des Beweisantrages (vgl. S. 458, 459/I) als Beweisthema genannt - noch hatte das Beweisverfahren sonst objektive Momente hervorgebracht, die in diese Richtung deuten würden. Da somit lediglich der Sache nach die Durchführung reiner Erkundigungsbeweise unterblieb, liegt eine Verletzung von Grundsätzen eines das Wesen der Verteidigung sichernden Verfahrens nicht vor.

Soweit die Beschwerdeführerin mit Beziehung auf den Nichtigkeitsgrund des§ 281 Abs. 1 Z. 5 StPO. behauptet, das angefochtene Urteil sei im Zusammenhang mit dem Punkt I. C. des Schultspruchs (Ausfuhr von ca. 70 Gramm Heroin im Jänner 1979 aus der Türkei und Einfuhr nach Österreich) unzureichend begründet, erschöpfen sich ihre Ausführungen nach Inhalt und Zielsetzung im wesentlichen nur in dem im schöffengerichtlichen Verfahren unzulässigen und daher unbeachtlichen Versuch, die gemäß dem § 270 Abs. 2 Z. 5

StPO. auf Grund einer Gesamtwürdigung der Verfahrensergebnisse hinreichend begründete freie Beweiswürdigung des erkennenden Gerichtes zu bekämpfen. Diese Begründung muß zwar alle wesentlichen Beweistatsachen berücksichtigen und entsprechend den Denkgesetzen (schlüssig) sein, doch ist es keineswegs erforderlich, zu jedem Vorbringen Stellung zu nehmen und alle im Beweisverfahren hervorgekommenen Umstände im Detail zu erörtern. Nach dem Gesetz (§ 270 Abs. 2 Z. 5 StPO.) genügt es vielmehr, in 'gedrängter Darstellung' anzugeben, welche (entscheidenden) Tatsachen aus welchen (denkrichtigen) Gründen als erwiesen oder als nicht erwiesen angenommen wurden.

Dieser Verpflichtung entsprach das Erstgericht jedoch. Es setzte sich insbesonders in ausreichender Weise mit den verschiedenen Angaben des Angeklagten B C und der Beschwerdeführerin vor der Polizei und in der Hauptverhandlung auseinander, legte dar, warum es den polizeilichen Angaben (soweit sie jenen in der Hauptverhandlung widersprachen) folgte (vgl. S. 478 ff./I) und gründete, warum es als erwiesen annahm, daß es sich bei dem von der Beschwerdeführerin eingeführten Suchtgift mengenmäßig um 70 Gramm Heroin handelte (vgl. S. 483/I).

Weder einen inneren Widerspruch noch einen anderen formalen Urteilsfehler vermag die Beschwerdeführerin des weiteren mit dem Hinweis darauf darzutun, daß im Punkt IV.

des Schultspruchs unter Zitierung eben dieses Punktes auf eine Tat des Mitangeklagten B C Bezug genommen werde, die daraus nicht ersichtlich sei; ergibt sich doch aus dem Sinnzusammenhang und aus den bezüglichen Teilen der Urteilsbegründung ganz klar, daß die Bezugnahme im Punkt IV. des Schultspruchs das im Punkt III. beschriebene Tatgeschehen betrifft, und die (neuerliche) Anführung des Punktes IV. daher nur auf einem Schreibfehler beruht. Im übrigen entsprach das Erstgericht entgegen der von der Beschwerdeführerin vertretenen Auffassung auch hinsichtlich der zum Punkt IV. des Schultspruchs getroffenen (ausreichenden) Feststellungen (zur subjektiven und objektiven Tatseite) seiner Begründungspflicht im oben dargelegten Sinn. Fehlerhaft ist lediglich die nicht bekämpfte rechtliche Annahme, daß die Beschwerdeführerin durch das zu Punkt IV. festgestellte Tatverhalten zum Schmuggel des Angeklagten B C im Sinn des § 11

FinStrG. (nur) beigetragen habe. Da sich jedoch der Umstand, daß das Erstgericht die Beschwerdeführerin - anders als im Punkt I. C. des Schultspruchs - insoweit nicht als unmittelbare (Mit-) Täterin beurteilte, obwohl sie das Suchtgift an ihrem Körper verborgen hatte und die Zollgrenze gemeinsam mit dem Angeklagten B C überschritt, nicht zum Nachteil der Angeklagten auswirkt, ist er von Amts wegen nicht aufzugreifen.

In der Frage der Gewerbsmäßigkeit nahm das Erstgericht in tatsächlicher Beziehung ohnedies zugunsten der Beschwerdeführerin an, daß ihre Beteiligung nur zum Ziel hatte, rasch nach Deutschland zurückzukommen, und daß sie - obgleich sie um das gewerbsmäßige Handeln des Angeklagten B C wußte - selbst nicht im Sinn eines eigenen planmäßigen Gewinnstrebens mit der Absicht handelte, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (vgl. S. 486/I). Jene Teile der Mängelrüge, mit denen die angebliche (tatsächliche) Urteilsannahme, die Beschwerdeführerin habe beim Schmuggel mit (eigener) gewerbsmäßiger Absicht gehandelt, bekämpft wird, gehen daher ins Leere.

In rechtlicher Beziehung folgt hieraus allerdings, daß das Erstgericht die Beschwerdeführerin irrig nach der höheren Strafdrohung des § 38 Abs. 1 FinStrG. bestrafe, wie die Generalprokurator zutreffend ausführt:

Denn das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit betrifft nicht das Unrecht der Tat, sondern die Schuld. Um gegen einen Beteiligten den Vorwurf der Gewerbsmäßigkeit erheben zu können, genügt daher nicht sein Wissen um die bei einem anderen Täter vorliegenden Umstände, es bedarf vielmehr des Nachweises, daß er selbst die Straftat in der Absicht verübte, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (EvBl. 1978/201 u. a.).

Soweit sich die Beschwerdeführerin im Rahmen ihrer Rechtsrüge -

sachlich aus dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z. 11 StPO. - dagegen wendet, daß das Erstgericht (auch) in bezug auf ihre Person erhöhte Strafbarkeit des Schmuggels im Sinn des § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG. annahm, kommt ihrer Nichtigkeitsbeschwerde daher Berechtigung zu.

Hingegen geht ihre Rechtsrüge fehl, soweit sie teils ausdrücklich, teils der Sache nach unter Geltendmachung des Nichtigkeitsgrundes des § 281 Abs. 1 Z. 9 lit. a StPO.

auch die Punkte I. C. (§ 6 Abs. 1 SGG.) und VI. (§ 9 Abs. 1 Z. 2 SGG.) des Schulterspruchs bekämpft.

Der Behauptung, die Menge des (laut Punkt I. C.) eingeführten Heroins reiche nicht aus, um das Tatbild des § 6 Abs. 1 SGG. objektiv zu verwirklichen, also eine (abstrakte) Gemeingefahr herbeizuführen, ist entgegenzuhalten, daß die sogenannte Grenzmenge (durch die 30 bis 50 Personen der Rauschsucht zugeführt werden könnten) bei Heroin nur 0,5 Gramm beträgt. Da es sich im vorliegenden Fall um 70 Gramm Heroin handelte, kann daher zunächst kein Zweifel daran bestehen, daß dieses Suchtgift rein mengenmäßig durchaus geeignet war, eine Gemeingefahr zu bewirken. Das Erstgericht traf aber auch die nötigen Feststellungen zur subjektiven Tatseite und konstatierte (mängelfrei), daß die (selbst süchtige und daher mit der Wirkungsweise von Heroin vertraute) Beschwerdeführerin den Umstand in ihren Vorsatz aufgenommen hatte, das von ihr nach Österreich gebrachte Suchtgift könnte (ohne eine ihr verbleibende weitere Einflußmöglichkeit in bezug auf eine weitere Verwendung) wirklich an einen größeren Personenkreis verbreitet werden (vgl. S. 473, 474/I), zumal sie nicht nur die (große) Menge des eingeführten Suchtgifts kannte, sondern auch wußte, daß der Angeklagte B C (mit dem sie einige Zeit zusammenlebte) mit Suchtgift handelte (vgl. S. 486/I). Der Schulterspruch nach dem § 6 Abs. 1 SGG. ist daher durch die getroffenen Tatsachenfeststellungen gedeckt und frei von Rechtsirrtum.

Es trifft zuletzt aber auch nicht zu, daß der Schulterspruch nach dem § 9 Abs. 1 Z. 2 SGG. mit Feststellungsmängeln (im Sinn des § 281 Abs. 1 Z. 9 lit. a StPO.) oder mit Begründungsmängeln (im Sinn des § 281 Z. 9 lit. a Z. 5 StPO.) behaftet wäre. Denn den Beschwerdebehauptungen zuwider wurden im angefochtenen Urteil sehr wohl auch die in dieser Beziehung notwendigen Tatsachenfeststellungen - wonach die Beschwerdeführerin in der Zeit zwischen Sommer 1978 und Jänner 1979 in Istanbul, an anderen Orten der Türkei und in Wien wiederholt unberechtigt Suchtgifte erwarb und in Besitz hatte (vgl. S. 476/I) - getroffen und mit dem Hinweis auf die polizeilichen Angaben der dort noch geständigen (vgl. S. 91) Beschwerdeführerin, sowie auf die Angaben des Mitangeklagten B C auch formal ausreichend begründet.

Über die Nichtigkeitsbeschwerden war sohin wie im Spruch zu erkennen.

### III. Zur Strafneubemessung und zu den Berufungen:

Bei der durch die teilweise Aufhebung des Urteils über Monika D notwendig gewordenen, nach dem § 35 Abs. 4 FinStrG. vorzunehmenden Neubemessung der Strafe wertete der Oberste Gerichtshof keinen Umstand als erschwerend oder mildernd und erachtete eine Geldstrafe von 5.000 S. für den Fall der Uneinbringlichkeit eine Ersatzfreiheitsstrafe von einer Woche, als tat- und tätergerecht.

Über den Angeklagten B C verhängte das Schöffengericht nach dem § 6 Abs. 1 SGG. eine Freiheitsstrafe in der Dauer von zwei Jahren, nach dem § 6 Abs. 4 SGG.

eine Verfallsersatzstrafe in der Höhe von 250.000 S, für den Fall der Uneinbringlichkeit achtzehn Monate Freiheitsstrafe, und nach dem § 38 Abs. 1 FinStrG. eine Geldstrafe in der Höhe von 40.000 S, für den Fall der Uneinbringlichkeit zwei Monate Freiheitsstrafe. Bei Monika D betrug die nach dem § 6 Abs. 1 SGG. vom Erstgericht ausgemessene Freiheitsstrafe achtzehn Monate, die gemäß dem § 6 Abs. 4

SGG. verhängte Verfallsersatzstrafe 60.000 S, für den Fall der Uneinbringlichkeit sechs Monate Freiheitsstrafe.

Der Angeklagte B C wendet sich mit seiner Berufung lediglich gegen die nach dem Suchtgiftgesetz verhängte Freiheits-, Geld- und Ersatzfreiheitsstrafe. Die Angeklagte D strebt ersichtlich nur die Herabsetzung der über sie nach dem Suchtgiftgesetz verhängten (primären) Freiheitsstrafe an.

Die Berufung des Angeklagten B C ist nur insoweit begründet, als das Ausmaß der Ersatzfreiheitsstrafe nach dem § 6 Abs. 4 SGG. vom Erstgericht mit achtzehn Monaten - der gesetzlichen Obergrenze - festgesetzt wurde und daher unter Berücksichtigung analoger Fälle entsprechend zu reduzieren war.

Der Berufung dieses Angeklagten gegen das Ausmaß der nach dem § 6 Abs. 4 SGG. verhängten Geldstrafe konnte hingegen schon deswegen kein Erfolg beschieden sein, weil das Gesetz dem Gericht bei der Festsetzung der - im vorliegenden Fall ohnehin zu Gunsten des Angeklagten herabgesetzten - Höhe der Strafe (an sich) keinen Spielraum gewährt.

Die in erster Instanz zuerkannte primäre Freiheitsstrafe entspricht - insbesonders unter Bedachtnahme auf die besondere Gefährlichkeit der Art und der Menge des verfahrensgegenständlichen Suchtgifts - dem Verschuldensgrad des Berufungswerbers und nimmt auch auf die bei Delikten gegen die Volksgesundheit mit in Betracht zu ziehenden Belange der Generalprävention gebührend Bedacht.

Für eine Herabsetzung dieser Strafe besteht kein Anlaß. Bei Monika D war in Anbetracht der geringeren Tatbeteiligung in Stattgebung ihrer Berufung eine Herabsetzung des Ausmaßes der gemäß dem § 6 Abs. 1 SGG. ausgesprochenen Freiheitsstrafe auf fünfzehn Monate gerechtfertigt.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E02670

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

ECLI:AT:OGH0002:1980:0110OS00029.8.0430.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19800430\_OGH0002\_0110OS00029\_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)