

# TE OGH 1989/5/30 110s47/89

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.05.1989

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 30.Mai 1989 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, Dr. Walenta, Dr. Felzmann und Dr. Rzeszut als weitere Richter, in Gegenwart der Rechtspraktikantin Mag. Ofner als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Faruk C\*\*\* wegen des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 und 2 SGG (im Deliktsstadium des Versuches nach dem § 15 StGB) und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Kreisgerichtes Ried im Innkreis als Schöffengericht vom 23.Februar 1989, GZ 7 Vr 540/88-40, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch des Angeklagten zu Punkt 1) hinsichtlich der Unterstellung der Tat (als gewerbsmäßig begangen) auch unter § 12 Abs. 2 SGG sowie im gesamten Schuldspruch des Angeklagten zu Punkt

2) wegen des Finanzvergehens des Schmuggels nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit a FinStrG und demgemäß sowohl im Strafausspruch gemäß dem § 12 Abs. 2 SGG als auch in jenem nach dem § 38 Abs. 1 (lit a) FinStrG (iVm dem § 35 Abs. 4 FinStrG) einschließlich des Ausspruches über die Vorhaftanrechnung aufgehoben und die Sache an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung zurückverwiesen. Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten zurückgewiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der türkische Staatsangehörige Faruk C\*\*\* des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1

und 2 SGG im Deliktsstadium des Versuches nach dem § 15 StGB (Punkt 1 des Urteilssatzes) und des Finanzvergehens (des Schmuggels) nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 (lit a) FinStrG (Punkt 2) schuldig erkannt.

## Rechtliche Beurteilung

Der gegen das Urteil gerichteten und auf die Ziffern 4, 5, 5 a und 11 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten kommt teilweise, und zwar insoweit, als sie sich gegen die Annahme einer gewerbsmäßigen Tatbegehung (§ 12 Abs. 2 SGG) und § 38 Abs. 1 lit a FinStrG wendet, Berechtigung zu. Hingegen erweist sich die Nichtigkeitsbeschwerde, soweit damit auch der Schuldspruch wegen des Grunddeliktes nach dem § 12 Abs. 1 SGG bekämpft wird, als nicht stichhältig. Der diesbezügliche Schuldspruch des Angeklagten erging zwar insofern rechtsirrig, als lediglich Versuch (statt Vollendung) angenommen wurde; entdeckte man doch die 5.873,80 Gramm

Cannabisharz bei einer Kontrolle des Zugabteils auf der Fahrt zwischen Schärding und Neumarkt/Kallham, also auf österreichischem Staatsgebiet (vgl S 17 d.A), sodaß vollendete Einfuhr des Suchtgifts (nach Österreich) vorliegt. Dieser dem Erstgericht unterlaufene Fehler gereicht dem Angeklagten jedoch zum Vorteil, sodaß insoweit eine Maßnahme gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO nicht in Betracht kommt. Der entscheidungswesentlichen Feststellung, daß Faruk C\*\*\* die Plastiktasche mit den Cannabisharzplatten im Abteil eines Waggons des Eisenbahnzuges Ostende-Wien verwahrte und auf diese Weise nach Österreich einfuhrte, haftet entgegen dem Beschwerdevorbringen zum Nichtigkeitsgrund der Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO kein formaler Begründungsmangel an.

Das Erstgericht schloß auf Grund der als glaubwürdig beurteilten Aussagen der Barbara und der Regina P\*\*\* einen Zusammenhang dieser beiden Zeuginnen mit dem im Zugabteil vorgefundenen Suchtgift aus (vgl S 308 ff d.A) und stützte die Annahme der Täterschaft des Angeklagten auf mehrere (denkmögliche) Indizien. So wies es darauf hin, daß der Angeklagte - anders als die Zeuginnen Barbara und Regina P\*\*\* - in der Bundesrepublik Deutschland bereits im Jahr 1987 wegen unerlaubten Erwerbes von Suchtgift verurteilt worden war (S 239); weiters wurde als gegen den Angeklagten sprechender Umstand das Verpackungsmaterial angeführt (vgl S 125, 145 d.A), in welchem das verfahrensgegenständliche Suchtgift bei der Entdeckung im Eisenbahnabteil verwahrt war. Darunter befand sich auch ein Papiersack der Bäckerei W\*\*\* aus Langenfeld bei Köln. Der Angeklagte hatte sich zugegebenermaßen vor Besteigen des Zuges in Köln aufgehalten und war in dieser Stadt in den Zug eingestiegen (vgl S 311 d.A). Ferner stützten sich die Tatrichter bei der Feststellung der Täterschaft des Angeklagten auch auf die Angabe der Zeugin Regina P\*\*\*, daß der Angeklagte in dem von ihm benützten Zugabteil einen Gegenstand, den sie allerdings nicht genau gesehen hatte, unter die linke unterste Bettbank schob, an eine Stelle, wo in der Folge das verfahrensgegenständliche Suchtgift gefunden wurde (vgl S 71, 75, 169/170 und 286 d.A).

Dem Vorbringen in der Mängelrüge, es sei nicht auszuschließen, daß Barbara und Regina P\*\*\* dieses Suchtgift in das Abteil des Liegewagens gebracht hätten, und die Täterschaft des Angeklagten unwahrscheinlich, kommt lediglich spekulativer Charakter zu, ohne daß der Beschwerdeführer einen Begründungsmangel in der Bedeutung des Nichtigkeitsgrundes der Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO aufzuzeigen vermochte. Entscheidungswesentliche, von den Tatrichtern nicht erörterte Widersprüche in den Angaben der Zeugin Regina P\*\*\* wurden vom Beschwerdeführer nicht dargetan. Auch die Möglichkeit der Täterschaft einer dritten, nicht zu den Benützern des verfahrensgegenständlichen Liegewagens gehörigen Person ließ das Schöffengericht nicht außer acht. Dieser Umstand findet im Ersturteil eine ausdrückliche Erörterung, wobei die Tatrichter eine solche Möglichkeit mit denkmöglicher Begründung praktisch für ausgeschlossen erachteten (vgl S 311, 312 d.A). Soweit dies in der Tatsachenrüge (§ 281 Z 5 a StPO) erneut aufgegriffen wird, vermag der Angeklagte auch in dieser Hinsicht keine erheblichen, sich aus der Aktenlage ergebenden Bedenken gegen die Richtigkeit der Urteilsannahmen aufzuzeigen.

Es liegt aber auch der geltend gemachte Nichtigkeitsgrund der Z 4 des § 281 Abs. 1 StPO insoweit nicht vor, als sich die bezüglichen Beschwerdeausführungen gegen die vom Erstgericht mit Zwischenerkenntnis ausgesprochene Abweisung von Anträgen richten, mit denen sinngemäß der Nachweis angestrebt wurde, der Angeklagte habe mit dem im Zugabteil vorgefundenen Suchtgift nichts zu tun gehabt (vgl die Seiten 293, 294 d.A).

Der Zollbeamte Hubert N\*\*\*, der das Suchtgift im Zug entdeckte, wurde in der ersten Hauptverhandlung am 10. November 1988 vom Schöffengericht einvernommen (vgl S 227 ff d.A). Bei dieser Einvernahme wäre dem Angeklagten bzw seinem Verteidiger die Möglichkeit offengestanden, den Zeugen zu dem nunmehr angeführten Beweisthema zu befragen. Im übrigen konnte von einer neuerlichen Vernehmung dieses Zeugen darüber, daß sich auf dem Verpackungsmaterial, in welchem das Suchtgift verwahrt war, keine Fingerabdrücke des Angeklagten befanden, ohne Verletzung von Verteidigungsrechten Abstand genommen werden: Daß der Zeuge N\*\*\* beim Auffinden des Suchtgiftes anlässlich der Kontrolle des Zugabteils das Verpackungsmaterial nach Fingerabdrücken untersuchte, ist wohl auszuschließen, weil eine solche Untersuchung entsprechend geeigneter Geräte bedarf. Der Zeuge Helmut S\*\*\*, der als Gendarmeriebeamter die zollamtlich eingeleiteten Erhebungen gegen den Angeklagten weiterführte (vgl S 275 d.A), gab an, daß eine Untersuchung des Verpackungsmaterials auf Fingerabdrücke (ersichtlich wegen Aussichtslosigkeit) nicht vorgenommen wurde (S 293 d.A). Von einer ergänzenden Einvernahme des Zeugen Hubert N\*\*\* war somit zur relevierten Frage keine weitere Aufklärung, also auch keine entscheidende Änderung der Beweislage zugunsten des Angeklagten zu erwarten. Es erübrigte sich aber auch die Beischaffung der vom Zeugen N\*\*\* erwähnten weißen Handschuhe und der Einvernahme des Zeugen zu diesem Thema. Wie aus einem im Akt befindlichen, von diesem Zeugen verfaßten Bericht vom 16. August 1988 hervorgeht (S 35 d.A), wurde bei einer

Personsdurchsuchung des Angeklagten ein Paar weiße Textilhandschuhe gefunden, von denen der Angeklagte behauptete, daß er sie für Holzarbeiten benötige. Der Angeklagte bestritt in der Folge, solche Handschuhe besessen zu haben (S 219 d.A). Von der Aufnahme des erwähnten Beweises konnte das Erstgericht ohne Verletzung von Verteidigungsrechten Abstand nehmen, weil ein Zusammenhang zwischen diesen Handschuhen und der Täterschaft des Angeklagten nicht angenommen wurde und der vom Beschwerdeführer in der Verfahrensrüge aufgestellten Behauptung, seine Täterschaft sei auszuschließen, falls sich herausstellen sollte, daß ihm diese Handschuhe gar nicht passen, in dieser Form nicht gefolgt werden kann. Da sich aus dem erwähnten Bericht des Zollbeamten Hubert N\*\*\* im übrigen ergibt, daß man diese Handschuhe anlässlich einer Personsdurchsuchung beim Angeklagten vorfand (S 35 d. A), ist eine neuerliche Einvernahme des Zeugen darüber, wo diese Handschuhe gefunden wurden, auch aus diesem Grund entbehrlich. Der Beweisantrag auf Vernehmung der in Köln in den Zug zugestiegenen acht Passagiere (vgl hiezu S 294 d.A) verfiel gleichfalls mit Recht der Ablehnung, weil eine Ausforschung dieser Personen nicht möglich ist. Ihre Namen wurden nicht festgehalten, allenfalls ausgestellte Zollerklärungen sind nicht mehr vorhanden (vgl die zeugenschaftliche Aussage des damaligen Liegewagenschaffners Helmut K\*\*\*, S 276, 277

d. A).

Ein Eingehen auf die weiteren, mit der dem Angeklagten angelasteten gewerbsmäßigen Tatbegehung im Zusammenhang stehenden Beweisanträge erübrigt sich im Hinblick auf die in diesem Umfang ergriffene Maßnahme gemäß dem § 285 e StPO; denn insoweit (Annahme der gewerbsmäßigen Tatbegehung) ist das Ersturteil, wie der Beschwerdeführer der Sache nach mit Recht releviert, mit den Nichtigkeitsgründen der Ziffern 4, 5 und 5 a des § 281 Abs. 1 StPO behaftet:

Das Erstgericht zog aus dem im angefochtenen Urteil festgestellten Umstand, daß bei einer Hausdurchsuchung (im Zug eines gegen den Angeklagten zu 1 OpJs 452/88 bei der Staatsanwaltschaft beim Landgericht Berlin wegen Verdachtes des Handels mit Suchtgift anhängigen Strafverfahrens) in der Berliner Wohnung des Angeklagten (am 2.September 1988) neben Gegenständen, die mit dem Handel und dem Konsum von Suchtgift in Beziehung zu bringen sind (darunter 2 Pfeifen, 1 Waage, eine Haschischmenge von 1,1 g; vgl Ersturteil, S 302 d.A), auch ein Geldbetrag von 209.500 öS vorgefunden wurde (vgl S 157 d.A, ON 38, S 259 d.A), den im Kern unbegründet gebliebenen Schluß, daß dieses Bargeld gleichfalls "aus der Tätigkeit des Angeklagten aus Suchtgiftgeschäften herrührt", und leitete u.a. daraus die Annahme einer gewerbsmäßigen Tatbegehung (sowohl im Sinn des § 12 Abs. 2 SGG als auch des § 38 Abs. 1 lit a FinStrG) ab, indem es offensichtlich (ohne dies allerdings näher auszuführen) davon ausging, daß Faruk C\*\*\* schon vorher Suchtgift nach Österreich geschmuggelt habe und durch Veräußerung in den Besitz des Geldbetrages von 209.500 öS gelangt sei (vgl S 308 d.A).

Soweit das Schöffengericht ein gewerbsmäßiges Handeln des Angeklagten auch aus dem großen Umfang des sichergestellten Suchtgiftes deduziert, stellt sich diese Schlußfolgerung für die Annahme einer gewerbsmäßigen Tatbegehung (nach § 12 Abs. 2 SGG und § 38 Abs. 1 lit a FinStrG) gleichfalls als nicht tragfähig dar; ist doch hierfür die Absicht des Täters erforderlich, sich durch wiederkehrende Tatbegehung (hier somit durch wiederkehrende Suchtgifteinfuhr) eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Eine solche Absicht kann aber aus einer bloß einmaligen Tatbegehung (hier Suchtgifteinfuhr nach Österreich), auch wenn die eingeführte Suchtgiftmenge groß ist, nicht zureichend begründet abgeleitet werden, wenn für diese Absicht nicht auch noch weitere (andere) Indizien vorliegen.

Aber auch die Tatsache des Besitzes eines größeren Geldbetrages, über dessen Herkunft der Angeklagte im vorliegenden Verfahren widersprechende Angaben machte, reicht allein und auch in Verbindung mit der zuvor erörterten Suchtgiftmenge noch nicht aus, um daraus den Schluß auf ein gewerbsmäßiges Handeln bei Verübung der von den angefochtenen Schuldsprüchen erfaßten Tat zu ziehen, weil es für die Herkunft dieses Geldbetrages nach der derzeitigen Aktenlage auch andere Erklärungsmöglichkeiten gibt. Diese Begründung ist demnach für die Annahme eines gewerbsmäßigen Handelns des Angeklagten im Sinn des § 12 Abs. 2 SGG und des § 38 Abs. 1 lit a FinStrG ebenfalls nicht tragfähig, sodaß das Urteil in diesem Belang mit den vom Beschwerdeführer geltend gemachten Nichtigkeitsgründen der Z 5 und 5 a des § 281 Abs. 1 StPO behaftet ist.

Zutreffend rügt der Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang aber auch, daß durch die Abweisung der von seinem Verteidiger in der Hauptverhandlung vom 23.Februar 1989 (S 293) gestellten Beweisanträge auf Einvernahme des - niederschriftlich bisher nicht vernommenen (vgl S 157, 158) - Zeugen Manfred B\*\*\* und des bisher überhaupt nicht befragten Gilmar C\*\*\* sowie Durchführung einer ergänzenden Hausdurchsuchung in seiner Berliner Wohnung und

Beischaffung der auf seine Tätigkeit bei der Firma W\*\*\*-M\*\*\* W\*\*\* Bezug habenden Unterlagen Verfahrensgrundsätze hintangesetzt wurden, deren Beobachtung durch das Wesen eines die Verteidigung sichernden Verfahrens geboten ist:

Der Angeklagte hatte sich nämlich zuletzt (vgl dagegen allerdings S 221) u.a. dahingehend verantwortet (vgl S 267 f), daß der in seiner Berliner Wohnung sichergestellte Betrag von 209.500 öS - entgegen der Feststellung des Erstgerichtes - nicht aus Suchtgiffterlösen in Österreich, sondern aus dem Verkauf von Wasserbetten im Rahmen der Firma des Zeugen Manfred B\*\*\* stammte und ausdrücklich behauptet, daß nicht nur Wiener Kunden diesbezügliche Belege mit Quittungen bekommen hätten, sondern auch "bei seinen Sachen in Berlin" sechs ihm gehörige "Belege über die Betten" vorhanden sein müßten. Das Erstgericht setzte einen Akt unzulässiger vorgreifender Beweiswürdigung (vgl Mayerhofer-Rieder<sup>2</sup>, ENr 78 ff zu § 281 Z 4 StPO), wenn es die Nichtaufnahme der angeführten Beweise mit der widersprüchlichen (bisherigen) Verantwortung des Angeklagten über die in Frage stehende Tätigkeit, mit einem bloß vermuteten negativen Ergebnis der begehrten Untersuchungshandlung in Berlin, sowie damit begründete, daß Manfred B\*\*\* ein Beschäftigungsverhältnis mit dem Angeklagten bereits im Zug einer Befragung im Wege der Interpol verneint habe, ohne ein anderes Ergebnis einer neuerlichen, vor allem niederschriftlichen Befragung dieses Zeugen unter Vorhalt der Verantwortung des Angeklagten, insbesondere für den Fall des Auftauchens der behaupteten Belege, in Erwägung zu ziehen. Das Urteil ist darum in der Frage der Annahme der Gewerbsmäßigkeit auch mit dem geltend gemachten Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z 4 StPO behaftet.

Es war daher der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten teilweise, und zwar soweit sie sich gegen die Annahme eines gewerbsmäßigen Handelns richtet, Folge zu geben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt zu bleiben hatte, im Schuldspruch zu Punkt 1) in der Unterstellung der Tat (als gewerbsmäßig begangen) auch unter den § 12 Abs. 2 SGG sowie - weil bei Wegfall der gewerbsmäßigen Begehung des Suchtgiftdeliktes im Hinblick auf den § 24 a SGG auch die Strafbarkeit wegen des Finanzvergehens entfielen - im gesamten Schuldspruch zu Punkt 2) wegen des Finanzvergehens des Schmuggels nach den §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1

lit a FinStrG und demgemäß sowohl im Strafausspruch gemäß dem § 12 Abs. 2 SGG als auch in jenem nach dem § 38 Abs. 1 (lit a) FinStrG (iVm dem § 35 Abs. 4 FinStrG) einschließlich des Ausspruches über die Vorhaftanrechnung aufzuheben und die Sache an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung zurückzuverweisen (§ 285 e StPO). Ein Eingehen auf den weiters geltend gemachten Nichtigkeitsgrund nach dem § 281 Abs. 1 Z 11 StPO erübrigt sich daher. Im übrigen war die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten zurückzuweisen (§ 285 d StPO).

Mit seiner Berufung war der Angeklagte auf diese Entscheidung zu verweisen.

#### **Anmerkung**

E17619

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

ECLI:AT:OGH0002:1989:0110OS00047.89.0530.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19890530\_OGH0002\_0110OS00047\_8900000\_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](http://www.jusline.at)