

# TE OGH 1988/4/21 130s28/88

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.04.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 21. April 1988 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Harbich als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Müller, Dr. Felzmann (Berichterstatter), Dr. Brustbauer und Dr. Kuch als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Takacs als Schriftführerin in der Strafsache gegen Elmar R\*\*\* und Heinz Martin S\*\*\* wegen des Verbrechens nach § 15 StGB und § 12 Abs. 3 SuchtgiftG über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der beiden Angeklagten sowie über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Schöffengerichts vom 12. November 1987, GZ. 35 Vr 1186/87-55, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurator, Generalanwalts Dr. Bassler, der Angeklagten Elmar R\*\*\* und Heinz Martin S\*\*\* sowie der Verteidiger Dr. Scheimpflug und Dr. Strickner zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Der Berufung der Staatsanwaltschaft wird teilweise Folge gegeben, die über den Angeklagten Heinz Martin S\*\*\* verhängte Strafe auf drei Jahre und die über den Angeklagten Elmar R\*\*\* verhängte Strafe unter Bedachtnahme gemäß § 31 StGB auf das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 1. Juni 1987, 26 b E Vr 1494/86-118, auf drei Jahre und acht Monate als Zusatzstrafe erhöht. Die Angeklagten werden mit ihren Berufungen auf diese Entscheidung verwiesen.

Im übrigen wird der Berufung der Staatsanwaltschaft nicht Folge gegeben.

Gemäß § 390 a StPO fallen den Angeklagten die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Der am 10. Dezember 1959 geborene Angestellte (gelernte Kfz-Mechaniker) Heinz Martin S\*\*\* und der am 9. März 1941 geborene Kaufmann Elmar R\*\*\* wurden des versuchten Verbrechens nach § 15 StGB und § 12 Abs. 1 und Abs. 3 Z. 3 SuchtgiftG, letzterer als Beteiligter nach § 12, dritter Fall, StGB schuldig erkannt. Darnach hat Heinz Martin S\*\*\* am 21. März 1987 in Innsbruck und Ampaß den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift in einer großen Menge in Verkehr zu setzen versucht, indem er 7.106,50 Gramm Cannabisharz mit einem THC-Gehalt von 633,20 Gramm einem unbekannten Suchtgiftfahnder des Bundesministeriums für Inneres verkaufte und zu überlassen trachtete, wobei er die Tat in Beziehung auf ein Suchtgift begangen hat, dessen Menge das 25-fache der großen Menge überstiegen hat (I), und Elmar R\*\*\* zu der unter Punkt I angeführten strafbaren Handlung durch Herstellen der Kontakte zwischen Heinz Martin S\*\*\* und dem Kaufinteressenten und Mitwirkung an den Übergabemodalitäten beigetragen (II).

Die Angeklagten bekämpfen die Schuldsprüche jeweils mit Nichtigkeitsbeschwerde, die der Angeklagte Heinz Martin

S\*\*\* auf die Nichtigkeitsgründe der Z. 4 und 9 lit. a, der Angeklagte Elmar R\*\*\* auf die der Z. 4 und 5 des § 281 Abs. 1 StPO stützt. Einen ihre Verteidigungsrechte beeinträchtigenden Verfahrensmangel (Z. 4) erblicken sie in der Abweisung ihrer Beweisantäge auf Vernehmung des Zeugen Sreten P\*\*\* alias "A\*\*\*", der nunmehr A\*\*\* heiße, zum Nachweis dafür, daß dieser bzw. der "unbekannte Suchtgiftfahnder" Elmar R\*\*\* und über diesen Heinz Martin S\*\*\* zu dem in Rede stehenden Suchtgiftdelikt verleitet ("gedrängt") hat (S. 371, 372); der Angeklagte Heinz Martin S\*\*\* überdies in der Abweisung seiner Anträge auf Einvernahme eines Suchtgiftfahnders namens "H\*\*\*" (ersichtlich zum selben Beweisthema) sowie auf Beischaffung "des Aktes des Wiener Rechtsanwaltes Dr. G\*\*\* in bezug auf den Kurierartikel vom 7. Oktober 1987", letzteres zum Nachweis dafür, daß in beiden Fällen derselbe Fahnder in gleicher Weise andere "zum Heroinkauf" verleitet hat, die Initiative zum deliktischen Verhalten des Angeklagten sohin - den Bekundungen des Zeugen Major D\*\*\* zuwider - vom Suchtgiftfahnder ausging (S. 374).

Der im Urteil nachgetragenen (S. 399, 401), im wesentlichen zutreffenden Begründung des Erstgerichts kann beigetreten werden. Den Beschwerdeführern ist lediglich einzuräumen, daß es über den prozeßordnungsgemäß gestellten Beweisantrag auf Vernehmung des Zeugen Sreten P\*\*\* hinaus keines weiteren (besonderen) Antrags auf Ausforschung des derzeitigen Aufenthalts dieses Zeugen bedurfte.

### **Rechtliche Beurteilung**

Das Erstgericht war vielmehr von sich aus verpflichtet, diesen Aufenthaltsort nach Tunlichkeit zu ermitteln. Dieser Verpflichtung ist aber der Schöffensenat - was der Angeklagte R\*\*\* völlig außer acht läßt - ohnedies nachgekommen und hat während der Hauptverhandlung Erhebungen durch das Landesgendarmeriekommando für Tirol in der benachbarten BRD veranlaßt und erst aufgrund des Ergebnisses dieser Erhebungen (S. 373) den Beweisantrag zutreffend als aussichtslos abgewiesen. Mit dem in der Beschwerde dargelegten, nicht aber schon in der Hauptverhandlung in Form einer ergänzenden Antragstellung erhobenen Einwand, das Erstgericht hätte eine Meldeauskunft der Gemeinde Bad Aibling einholen müssen, um festzustellen, "wohin sich der Zeuge abgemeldet hat", stellt der Beschwerdeführer Heinz Martin S\*\*\* auch nicht auf die Aktenlage ab. Dem eben erwähnten Erhebungsergebnis des Landesgendarmeriekommmandos für Tirol ist nämlich zu entnehmen, daß P\*\*\* mit 19. Jänner 1987 "amtlich abgemeldet wurde und seither unbekannten Aufenthaltes ist", eine Anfrage bei der Gemeinde Bad Aibling sohin von vornherein nicht geeignet gewesen wäre, das vom Beschwerdeführer ins Auge gefaßte Ergebnis zu erbringen. Gleichfalls zutreffend ging der Schöffensenat davon aus, daß nach der Aktenlage gar keine Möglichkeit bestand, den als Zeugen beantragten "Suchtgiftfahnder" "H\*\*\*" zu laden und einzuvernehmen, weil dessen Vorgesetzter, Major Franz D\*\*\*, die Preisgabe der Identität des vom Bundesministeriums für Inneres zur Bekämpfung der Suchtgiftkriminalität eingesetzten Beamten unter Hinweis auf seine nur beschränkte Entbindung vom Amtsegeheimnis verweigerte (S. 365 in Verbindung mit Beil./2 zum Hauptverhandlungsprotokoll). Der beantragte Beweis war daher undurchführbar. Die Parteien des Strafprozesses haben auch kein subjektiv-öffentlichtes Recht auf Preisgabe der Identität eines von der Verwaltungsbehörde geheimgehaltenen Erhebungsorgans (13 Os 126/87). Die vom Beschwerdeführer S\*\*\* des weiteren aufgeworfene (und verneinte) Frage, ob der Beamte "H\*\*\*" für den Fall seiner zeugenschaftlichen Einvernahme einer Aussagegenehmigung seiner Dienstbehörde bedurft hätte und ob dessen Vernehmung insoweit mit Rücksicht auf die Mitteilung des Bundesministeriums für Inneres vom 1. Juli 1987 (S. 229) allenfalls auch zufolge eines rechtlichen Hindernisses unzulässig gewesen wäre, ist sohin gar nicht aktuell. Was letztlich die Abweisung des Antrags auf Beischaffung von Akten des Wiener Rechtsanwalts Dr. G\*\*\* anlangt, räumt der Beschwerdeführer selbst ein, daß es bloß "wahrscheinlich" sei, keinesfalls aber feststehe, daß der im gegenständlichen Fall eingesetzte Fahndungsbeamte namens "H\*\*\*" mit dem in dem bezogenen Zeitungsartikel erwähnten Fahnder namens "H\*\*\*" wesensgleich sei. Demgemäß stellt sich dieser Antrag der Verteidigung als bloßer Erkundungsbeweis dar, dessen Ablehnung weder eine Hintersetzung noch eine unrichtige Anwendung von die Verteidigung sichernden Verfahrensgrundsätzen darstellt (Mayerhofer-Rieder2, E 88 ff zu § 281 Abs. 1 Z. 4 StPO). Im übrigen könnten die Angeklagten selbst dann keine materiellrechtlichen Folgerungen für die Straflosigkeit ihres tatbestandsmäßigen Verhaltens ableiten, wenn sie im Sinn ihrer - erstmals in der Hauptverhandlung aufgestellten - Behauptung durch den Suchtgiftfahnder "H\*\*\*" unter Verstoß gegen § 25 StPO zu der strafbaren Handlung verleitet worden wären (siehe 13 Os 111/79, 13 Os 3/82 u.a.), sodaß es den Beweisanträgen auch aus diesem Grund an der erforderlichen Relevanz gebracht. In diesem Licht ist auch der Beschwerdeeinwand des Angeklagten S\*\*\* zu sehen, der meint, durch die Einrichtung der "verdeckten Fahndung" und durch die Heranziehung der Aussagen des (namentlich nicht bekannten) Fahnders sei ihm entgegen der im Verfassungsrang stehenden Bestimmung des Art. 6 Abs. 3 lit. d MRK "jegliche

Verteidigungsmöglichkeit geraubt" worden (S. 433). Diesem Einwand könnte nämlich Berechtigung dann nicht abgesprochen werden, wenn sich das Gericht zur Begründung der für die Schuldfrage wesentlichen Urteilsannahmen (§ 270 Abs. 2 Z. 5 StPO) ausschließlich oder überwiegend auf die ihm nur mittelbar - durch einen Zeugen "vom Hörensagen" - zugänglichen Angaben des (einzig) Belastungszeugen gestützt und dem Angeklagten keine Gelegenheit gegeben hätte, diesem Belastungszeugen Fragen zu stellen (vgl. zur grundsätzlichen Problematik SSt. 41/7). Davon kann aber in diesem Straffall weder aus rechtlichen - wie oben dargelegt - noch aus tatsächlichen Gründen, wie im Rahmen der Mängelrüge zu erörtern sein wird, die Rede sein.

In seiner Mängelrüge (Z. 5) versucht der Angeklagte R\*\*\*, durch Hervorhebung einiger Details der Beweisergebnisse Argumente für die uneingeschränkte Richtigkeit seiner Einlassungen in der Hauptverhandlung aufzuzeigen und erhebt "zusammenfassend" ebenfalls den Vorwurf, das Gericht habe seine Feststellungen lediglich auf Grund der bedenklichen Aussagen des Zeugen "vom Hörensagen", Major Franz D\*\*\*, getroffen (S. 429).

Dem ist entgegenzuhalten, daß sich die Tatrichter bezüglich der Rolle der beiden Beschwerdeführer bei der Anbahnung des Geschäfts nicht nur auf den Bericht des Majors D\*\*\*, gegen dessen Verwertung sich der Verteidiger des Angeklagten S\*\*\* ausgesprochen hatte (S. 365 in Verbindung mit ON. 41), stützten, sondern primär auf den schon in der Anzeige enthaltenen Bericht des Fahnders (S. 395 in Verbindung mit S. 89 bis 93) hinwiesen, gegen dessen gemäß § 252 Abs. 2 StPO gebotene Verlesung kein Einwand erhoben wurde, und im übrigen ihre Schlüsse aus der wechselhaften, zuletzt geständigen Verantwortung der beiden Angeklagten zogen. Sie würdigten hiebei insbesondere, daß der Angeklagte R\*\*\* im Vorverfahren leugnete, daß der Angeklagte S\*\*\* trotz wiederholter Vernehmung unter Vorwänden jede Aussage verweigerte und daß in der Hauptverhandlung beide Angeklagten die Abwicklung des Suchtgiftgeschäfts, wie sie sich aus den in der Anzeige festgehaltenen Beobachtungen der (namentlich bekannten) Erhebungsbeamten des Landesgendarmeriekommmandos für Tirol ergab, zugestanden. Sie stellten sich aber - erstmalig - als Opfer des (namentlich unbekannten) Suchtgiftfahnders "H\*\*\*" und dessen Vertrauensmanns "A\*\*\*" hin, die sie erst zur Tatbegehung gedrängt hätten. Dieser letzteren - für die Strafbarkeit bedeutungslosen - Version, wonach sie die Tat erst unter massivem Druck durch "A\*\*\*" begangen haben wollen, schenkte das Gericht aber keinen Glauben, wobei es sich zur Dartung der mangelnden Glaubwürdigkeit dieser Tatvariante neben der wechselnden Verantwortung auch auf die Aussagen der Zeugin Margit M\*\*\*, der Freundin des Elmar R\*\*\*, bezieht (S. 397). Wenn der Beschwerdeführer R\*\*\* dieser Würdigung der Zeugenaussage eine für ihn günstigere Deutung entgegensetzen will, handelt es sich ebenso um einen unzulässigen Angriff auf die Beweiswürdigung wie bei den weiteren - nicht entscheidungswesentlichen - Einwänden (Dauer der Kontakte mit "A\*\*\*", Frage des Nutzens aus der Tat u.s.w.). Der aus der verschlüsselt (7 x 5) angekündigten Übergabe des beschafften Suchtgifts, nämlich daß für eine Menge von 7 kg ein Kilopreis von 50.000 S zu bezahlen sei, gezogene Schluß, daß Elmar R\*\*\* die Übermenge des in Verkehr zu setzenden Suchtgifts kannte, läßt sich denkrichtig aus den mit der Anzeige übereinstimmenden Geständnissen der beiden Angeklagten ableiten (S. 91, 360, 363 in Verbindung mit S. 384, 393). Es zeigt sich somit, daß sich das Gericht bei der Feststellung der entscheidungswesentlichen Tatsachen auf die Geständnisse der Angeklagten, soweit sie mit den Gendarmerieerhebungen übereinstimmten, stützte und nur in der für die strafrechtliche Beurteilung unwesentlichen Frage, ob die Fahnder die tatauslösende Initiative gesetzt hatten, diesen Verantwortungen den Glauben versagte. Aus der Aktenlage ergibt sich überdies, daß die Vernehmung des Majors D\*\*\* nicht zur Überführung der Angeklagten, sondern eher zur Überprüfung der aktenkundigen (belastenden) Beweisergebnisse diente, was unter anderem daraus erhellt, daß der Vorsitzende die Anwesenheit eines weiteren Mannes beim Treffen im "C\*\*\*" geklärt wissen wollte. Es wurde hierauf die Hauptverhandlung unterbrochen und nach telefonischer Kontaktaufnahme mit dem Beamten "H\*\*\*" konnte der Zeuge D\*\*\* berichten, daß tatsächlich ein vierter Mann (etwas abseits sitzend) anwesend war (S. 368). Damit bricht aber der Vorwurf der Mängelrüge, das Gericht habe unter Mißachtung der Grundsätze der Menschenrechtskonvention seinen Schuldspruch nur auf ein der Verwertung entzogenes Beweismittel gestützt, in sich zusammen. Die - teilweise auch nicht prozeßordnungsgemäß

ausgeführte - Mängelrüge erweist sich daher als unbegründet. Entgegen der Rechtsrüge (Z. 9 lit. a) kann aber auch nicht von einem untauglichen Versuch gesprochen werden, weil der Suchtgiftfahnder "H\*\*\*" lediglich "beweisen wollte", daß S\*\*\* und R\*\*\* "strafbare Geschäfte machen" (S. 434). Die vom Beschwerdeführer als unrichtig bezeichnete "gegenteilige neuere Rechtsprechung" ist in Wahrheit aber die herrschende (EvBl. 1979/73, 9 Os 129/79,

12 Os 174/83 u.v.a.). Demnach ist das Mitführen einer Suchtgiftmenge zwecks Weitergabe an einen Interessenten in abstracto zur Herbeiführung des verpönten Erfolgs (Inverkehrsetzen des Suchtgifts) auch dann geeignet, wenn der Verkäufer als Vertrauensmann der Sicherheitsbehörde handelt.

Es waren daher beide Nichtigkeitsbeschwerden zu verwerfen. Das Schöffengericht verurteilte nach § 12 Abs. 3 SuchtgiftG Heinz Martin S\*\*\* zu einer Freiheitsstrafe von zweieinhalb Jahren und Elmar R\*\*\* zu einer solchen von drei Jahren und wertete bei der Strafbemessung hinsichtlich S\*\*\* dessen einschlägige Vorstrafe und hinsichtlich R\*\*\* den Umstand als erschwerend, daß er S\*\*\* zur Tat verführt hat. Beiden Angeklagten wurden als mildernd das - allerdings ohne jede Schuldeinsicht - abgelegte Geständnis und der Umstand zugutegehalten, daß es beim Versuch (und der Sicherstellung des Suchtgifts) geblieben ist. Bei S\*\*\* wurde überdies seine Wesensveränderung im Zusammenhang mit der Suchtgiftergebnis als schuldmildernd gewertet.

Beide Angeklagten streben mit ihren Berufungen die Herabsetzung der über sie verhängten Strafen an, während die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung beantragt, die Freiheitsstrafen erheblich zu erhöhen und zusätzlich im Sinn des § 12 Abs. 5 SuchtgiftG Geldstrafen auszusprechen.

Wenn R\*\*\* neben den vom Erstgericht ohnehin gewürdigten Milderungsumständen vorbringt, er habe in untergeordneter Beteiligung (§ 34 Z. 6 StGB) gehandelt, ist er auf seine eigene Verantwortung zu verweisen, wonach er S\*\*\* im Hinblick auf dessen ihm bekannte einschlägige Vorstrafe ansprach und ihn zur Besorgung einer größeren Menge Haschisch veranlaßte (S. 361, 362), also unzweifelhaft als Initiator der Tat anzusehen ist (§ 33 Z. 3 und 4 StGB). Dies wurde ihm daher zu Recht als erschwerend angelastet und wiegt schwerer als die offensichtlich vorhandene Bereitschaft des dem Kokaingenuß verfallenen, einschlägig vorbelasteten Angeklagten S\*\*\*, in dieses Geschäft einzusteigen. Die S\*\*\* vom Sachverständigen attestierte Suchtgiftabhängigkeit (S. 371) vermag aber - entgegen der Meinung des Erstgerichts und dieses Berufungswerbers - für sich allein nicht als mildernd ins Gewicht zu fallen (Leukauf-Steininger2, RN. 29 zu § 34 StGB). Dem Erstgericht schwebt ersichtlich die Bestimmung des § 12 Abs. 2 SuchtgiftG vor, wonach sich strafmindernd der Umstand auswirkt, daß ein dem Suchtgiftmißbrauch ergebener Täter die Tat ausschließlich deshalb begeht, um sich für den eigenen Gebrauch Suchtgift oder die Mittel zu dessen Erwerb zu verschaffen. Sachverhaltskomponenten in diesem Sinn wurden weder behauptet noch sind sie den Feststellungen zu entnehmen.

Wenngleich auch die Staatsanwaltschaft für ihre Behauptung, bei S\*\*\* handle es sich um einen gefährlichen Suchtgifthändler, aus den Akten keine Belegstelle anbietet (die Reise in den Fernen Osten konnte mit der Beschaffung des Haschisch nicht in Verbindung gebracht werden und die im Gerichtstag aufrecht erhaltene Weigerung, den Importeur bekanntzugeben, kann verschiedene Ursachen haben), erfordert der Wegfall des Milderungsumstands der Suchtgiftabhängigkeit im Zusammenhang mit der einschlägigen Vorverurteilung des S\*\*\* in der BRD doch eine maßvolle Erhöhung der Freiheitsstrafe auf drei Jahre. Der Gesetzgeber des Jahres 1985 (BGBl. Nr. 184) brachte durch die Erhöhung der Strafobergrenzen bei den Qualifikationen des § 12 Abs. 2-4 SuchtgiftG deutlich zum Ausdruck, daß er den Gerichten zwar einen weiten Ermessensspielraum einräumen, die belastenden Momente (hier die Übermenge und die Begehung aus Gewinnsucht) bei der Strafausmessung aber entsprechend gewürdigt wissen will (13 Os 121/86, 13 Os 181/87). Noch mehr kommen diese Überlegungen bei dem zwar nicht nach dem SuchtgiftG vorbestrafen, ansonsten aber - wie sich aus den Vorstrafakten ergibt - gegenüber den rechtlich geschützten Werten gleichgültig bis ablehnend eingestellten Angeklagten R\*\*\* zum Tragen, der den wesentlich jüngeren Angeklagten S\*\*\* angestiftet hat, sodaß auch bei R\*\*\* eine Straferhöhung Platz greifen mußte. Zieht man die erst im Berufungsverfahren aktenkundig gewordene, zum angefochtenen Urteil im Verhältnis des § 31 StGB stehende (im Spruch zitierte) Verurteilung des Landesgerichts Feldkirch in die Gesamtbeurteilung ein (§ 40 StGB), zeigt sich auch aus diesem Verfahren, daß sich der Angeklagte R\*\*\* durch die Vermittlung von Scheinehen zwischen Ausländern und Inländerinnen zum Zweck der Erlangung von Arbeitsbewilligungen ein unredliches Einkommen verschaffte bzw. zu verschaffen suchte. Nach der Meinung des Obersten Gerichtshofs wäre daher bei gemeinsamer Aburteilung eine Freiheitsstrafe von vier Jahren angemessen gewesen, sodaß sich unter Abzug der vom Landesgericht Feldkirch verhängten Geldstrafe von 240 Tagessätzen, im Fall der Uneinbringlichkeit 120 Tage Ersatzfreiheitsstrafe, eine Zusatzstrafe von drei Jahren und acht Monaten ergibt.

Im Hinblick auf die Sicherstellung des Suchtgifts schon beim ersten Verkaufsversuch konnte mit den erhöhten Freiheitsstrafen das Auslangen gefunden und von der zusätzlichen Verhängung einer Geldstrafe nach § 12 Abs. 5 SuchtgiftG abgesehen werden. Es war daher der Berufung der Staatsanwaltschaft nur teilweise Folge zu geben, worauf

die beiden Angeklagten mit ihren Herabsetzungsbegehren zu verweisen waren.

**Anmerkung**

E13909

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:0130OS00028.88.0421.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19880421\_OGH0002\_0130OS00028\_8800000\_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)