

# TE OGH 1986/5/13 11Os39/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.05.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 13.Mai 1986 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, Dr. Walenta, Dr. Schneider und Hon.Prof. Dr. Brustbauer als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Breycha als Schriftführers, in der Strafsache gegen Klaus M\*\*\* und Manfred H\*\*\* wegen des Vergehens nach dem § 16 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 SGG über die Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen der Angeklagten gegen das Urteil des Kreisgerichtes Steyr als Schöffengericht vom 19. September 1985, GZ 7 b Vr 251/85-59, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Generalanwaltes Dr. Tschulik als Vertreters der Generalprokuratur, der Angeklagten Klaus M\*\*\* und Manfred H\*\*\* sowie der Verteidiger Dr. Strobl und Dr. Stegmüller zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Klaus M\*\*\* wird verworfen.

Aus Anlaß dieser Nichtigkeitsbeschwerde wird jedoch gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO der diesen Angeklagten betreffende Ausspruch über die Vorhaftanrechnung dahin ergänzt, daß dem Genannten gemäß dem § 38 Abs. 1 Z 1 StGB auch die in der Zeit vom 31.März 1985,

13.30 Uhr, bis 1.April 1985, 0.15 Uhr, erlittene Vorhaft auf die Strafe angerechnet wird.

Der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Manfred H\*\*\* wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Ausspruch über die gewerbsmäßige Tatverübung und über die Unterstellung der Tat dieses Angeklagten auch unter den Abs. 2 Z 2 des § 16 SGG sowie in dem den Angeklagten Manfred H\*\*\* betreffenden Strafausspruch aufgehoben und gemäß dem § 288 Abs. 2 Z 3 StPO in der Sache selbst erkannt:

Manfred H\*\*\* wird für das ihm laut Punkt 2/ des Schuldspruches weiterhin zur Last fallende Vergehen nach dem § 16 Abs. 1 SGG nach der genannten Gesetzesstelle zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 5 (fünf) Monaten verurteilt. Die Manfred H\*\*\* betreffenden Aussprüche über den Ersatz der Kosten des Strafverfahrens und über die Vorhaftanrechnung werden aus dem Ersturteil übernommen.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Manfred H\*\*\* verworfen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte Manfred H\*\*\* auf diese Entscheidung verwiesen.

Der Berufung des Angeklagten Klaus M\*\*\* wird teilweise Folge gegeben und die über ihn verhängte Freiheitsstrafe auf 6 (sechs) Monate herabgesetzt; im übrigen wird seiner Berufung nicht Folge gegeben.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 9. Dezember 1965 geborene Maschineneinsteller Klaus M\*\*\* und der am 7. Dezember 1957 geborene Kellner Manfred H\*\*\* des Vergehens nach dem § 16 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 SGG (nF) - Manfred H\*\*\* als Beteiligter gemäß dem § 12 (dritter Fall) StGB - schuldig erkannt. Klaus M\*\*\* liegt zur Last, Anfang Jänner 1985 vorsätzlich den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift gewerbsmäßig eingeführt, erworben, besessen und anderen überlassen zu haben, indem er aus der BRD ca. 315 Gramm Cannabis guter Qualität nach Österreich einführte und in Enns zum überwiegenden Teil an einen größeren Personenkreis weitergab (1/) und Mitte März 1985 in Enns ca. 10 Gramm Cannabis "Grüner Marokkaner" vom gesondert verfolgten Wolfgang S\*\*\* erwarb und hievon ca. 3 Gramm dem Bernhard P\*\*\* sowie ein bis zwei Gramm dem Walter G\*\*\* verkaufte (3/). Dem Angeklagten Manfred H\*\*\* liegt zur Last, zur erstgenannten Tathandlung des Klaus M\*\*\* "vorsätzlich beigetragen" zu haben, indem er Anfang Jänner 1985 in Nördlingen (BRD) dem Klaus M\*\*\* ca. 315 Gramm Cannabis guter Qualität zur Einfuhr nach Österreich und Veräußerung im Raume Enns kommissionsweise "überließ" (2/).

Dieses Urteil bekämpfen die Angeklagten mit Nichtigkeitsbeschwerden, Klaus M\*\*\* aus den Nichtigkeitsgründen der Z 3 und 5, Manfred H\*\*\* aus jenen der Z 5, 9 lit. a und 10 des § 281 Abs. 1 StPO.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten

Klaus M\*\*\*:

Einen unter ausdrücklicher Nichtigkeitsanktion stehenden Verstoß gegen die Vorschrift des § 151 Z 2 StPO erblickt der Angeklagte Klaus M\*\*\* in der zeugenschaftlichen Vernehmung der Gendarmerieinspektoren Karl L\*\*\* und Horst K\*\*\*, obwohl beide nicht von ihrer Verschwiegenheitspflicht als Beamte entbunden gewesen seien. Einer Entbindung der Zeugen vom Amtsgeheimnis bedurfte es vorliegend jedoch nicht (: § 151 Z 2, 2. Halbsatz, StPO), weil sie ausschließlich über die von ihnen durchgeführten Vernehmungen des Klaus M\*\*\*, deren Ergebnis dem Gericht ohnedies pflichtgemäß zur Kenntnis gelangt war, mithin über dienstliche Wahrnehmungen befragt wurden, welche sie als Organe im Dienst der Strafrechtspflege gemacht hatten (vgl. ÖJZ-LSK 1979/99; Mayerhofer-Rieder, StPO 2, II/2, ENr. 16 zu § 151).

### **Rechtliche Beurteilung**

Mit der Behauptung, das Erstgericht habe nur offenbar unzureichend begründet, warum es den Angaben des Klaus M\*\*\* bei der Gendarmerie folgte, seiner Darstellung vor dem Untersuchungsrichter und in der Hauptverhandlung aber keinen Glauben schenkte, bekämpft dieser Angeklagte in im Nichtigkeitsverfahren unstatthafter und daher unbeachtlicher Weise lediglich die gerichtliche Beweiswürdigung. In den Entscheidungsgründen des angefochtenen Urteils wurden die Erwägungen, auf Grund deren die Tatrichter annahmen, daß das Geständnis vor der Gendarmerie den Tatsachen entsprach und keineswegs unter Druck der vernehmenden Gendarmeriebeamten (bzw. in einer "psychischen Notsituation") zustandekam, ausführlich dargelegt. Das Gericht stützte sich hierbei nicht nur auf die für glaubwürdig erachteten Zeugenaussagen der Inspektoren Karl L\*\*\* und Horst K\*\*\*, sondern auch auf eine Reihe weiterer Beweisergebnisse, insbesondere auf die Überlassung von 26.000 S durch Karin M\*\*\*, sowie auf den Umstand, daß mehrere Zeugen im Verfahren die Übergabe von Suchtgift durch den Angeklagten Klaus M\*\*\* bestätigten. Daß die Abnehmer des Suchtgifts ihre belastenden Angaben in der Hauptverhandlung widerriefen oder wesentlich abschwächten, wurde in den Urteilsgründen ohnehin eingehend erörtert (vgl. S 329 ff dA); ebensowenig wurde übergangen, daß auch der Angeklagte Manfred H\*\*\* sich (von Beginn an) leugnend verantwortete (vgl. S 332 dA). Die vom Erstgericht auf Grund der Gesamtheit der Verfahrensergebnisse gewonnene Überzeugung, daß die Ereignisse so abliefen, wie es Klaus M\*\*\* anlässlich seiner fortgesetzten Vernehmung bei der Gendarmerie am 31. März 1985 schilderte (vgl. S 57 ff, 175 ff dA), beruht demnach auf einer tragfähigen Beweisgrundlage.

Demgemäß erscheint auch - den Beschwerdeausführungen zuwider - der Ausspruch des Gerichtes, daß Klaus M\*\*\* bezweckte, sich durch Handel mit Haschisch aus seiner finanziellen Notlage zu befreien, und die ihm angelasteten Tathandlungen in der Absicht beging, sich durch die wiederholte Einfuhr und Weitergabe von Suchtgift eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, mit dem Hinweis auf das Geständnis (dieses Angeklagten) bei der Gendarmerie (vgl. S 53, 171, 324, 332 dA) hinreichend begründet.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten

Manfred H\*\*\*:

Der Beschwerde des Angeklagten Manfred H\*\*\* kommt

insofern Berechtigung zu, als der Sache nach aus dem Nichtigkeitsgrund der Z 10 des § 281 Abs. 1 StPO die Verurteilung (auch) nach der Z 2 des § 16 Abs. 2 SGG (: gewerbsmäßige Tatbegehung) bekämpft wird: Nach den Urteilsfeststellungen war dem Angeklagten H\*\*\* auf Grund der Menge des Suchtgifts bewußt, daß Klaus M\*\*\* es nicht nur für den Eigenbedarf, sondern auch zur gewinnbringenden Weiterveräußerung nach Österreich schmuggeln werde; im Hinblick auf die langjährige Freundschaft mit Klaus M\*\*\* und die Kenntnis seiner Lebensverhältnisse war ihm auch bekannt, daß sein Freund sich "durch den Verkauf von Suchtgift eine fortlaufende Einnahmequelle verschaffen wollte" (S 332 dA). Gewerbsmäßiges Handeln setzt indes voraus, daß der Täter beabsichtigt (§ 5 Abs. 2 StGB), durch die wiederkehrende Begehung eines Deliktes (: hier der im § 16 Abs. 1 SGG bezeichneten Tat) sich (und nicht bloß einem Dritten) eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Bei mehreren Tatbeteiligten haftet daher wegen gewerbsmäßiger Tatbegehung nur derjenige, in dessen Person dieses zusätzliche subjektive Merkmal vorliegt. Für die Annahme genügt demnach nicht schon die innere Tendenz eines Beteiligten, daß zwar nicht er selbst, wohl aber der unmittelbare Täter oder ein anderer Beteiligter aus der wiederholten Tatbegehung fortlaufende Einkünfte

erzielen soll (vgl. JBl. 1979, 663 = ÖJZ-LSK 1979/232; EvBl. 1980/89

= ÖJZ-LSK 1980/44). Eine Konstatierung, wonach Manfred H\*\*\*

für sich selbst einen solchen Vorteil anstrebte, wurde vom Erstgericht weder getroffen, noch hätte sie hier getroffen werden können, weil es an jeglichen Beweisgrundlagen dafür mangeln würde, Manfred H\*\*\* habe beabsichtigt, sich durch wiederholte kommissionsweise Überlassung von Suchtgift an den Angeklagten M\*\*\* finanzielle Vorteile zu verschaffen. Die Qualifikation des § 16 Abs. 2 Z 2 SGG wurde daher dem Angeklagten H\*\*\* zu Unrecht angelastet.

Hingegen schlägt die Mängelrüge dieses Angeklagten (§ 281 Abs. 1 Z 5 StPO) nicht durch: Soweit er darzutun sucht, daß Klaus M\*\*\* bei der Vernehmung durch die Gendarmerie unter seelischem Druck gestanden und das später widerrufenen Geständnis daher als tatsachenwidrig anzusehen sei, ist zunächst auf das zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten M\*\*\* Gesagte zu verweisen. Wenngleich Klaus M\*\*\* bei den wiederholten Vernehmungen im Vorverfahren wechselnde Angaben machte, blieb es dem Gericht unbenommen, sich für eine jener Darstellungsvarianten zu entscheiden und sie dann seinen Feststellungen zugrunde zu legen. Daß Klaus M\*\*\* seiner Festnahme und der drohenden Haft wegen unter einem gewissen seelischen Druck gestanden sein mag, wie dies Inspektor Horst K\*\*\* als Zeuge bekundete, wurde vom Schöffensenat ohnedies in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen. Dies bringt die Urteilspassage deutlich zum Ausdruck, wonach bei dieser Vernehmung auch die Möglichkeit der Verhängung der Untersuchungshaft zur Sprache kam (S 328 dA).

Richtig ist, daß laut Urteilsannahmen die Übergabe der 315 Gramm Cannabis durch Manfred H\*\*\* an Klaus M\*\*\* schon im Jänner 1985 - nach vorheriger telefonischer Kontaktnahme - stattfand und daß Klaus M\*\*\* sich von seiner Schwester Karin M\*\*\* erst am 13. Februar 1985 26.000 S ausborgte und diesen Betrag am folgenden Tag dem Manfred H\*\*\* übergab. Ein vom Gericht unbeachtet gebliebener innerer Widerspruch kann darin aber entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht gesehen werden; ging doch das Schöffengericht davon aus, daß der Kaufpreis von 28.000 S vereinbarungsgemäß erst einige Wochen nach der kommissionsweisen Übergabe des Suchtgiftes zu bezahlen war und Klaus M\*\*\* sich von seiner Schwester nur deshalb Geld auslieh, weil er bei der Weitergabe des Suchtgifts nicht den erhofften Gewinn zu erzielen vermochte und sich Ende Jänner 1985 außerstande sah, seinen Zahlungsverpflichtungen gegenüber Manfred H\*\*\* nachzukommen (vgl. S 325 f dA). Die vom Angeklagten H\*\*\* behaupteten entscheidungswichtigen Begründungsmängel liegen sohin nicht vor. Der Vollständigkeit halber ist noch zu bemerken, daß 315 Gramm Haschisch guter Qualität als "große Menge" anzusehen sind und der Umschlag des Gifts daher - sofern die Eignung einer solchen Menge, im Fall der Weitergabe in großem Ausmaß eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen zu lassen, vom Vorsatz des Täters mitumfaßt ist - den Tatbestand nach dem § 12 Abs. 1 SGG nF herstellen kann (vgl. Foregger-Litzka, SGG 2, S 30). Die gegenteilige rechtsirrtümliche Meinung des Erstgerichtes (S 332 dA) wirkt sich jedoch zum Vorteil der Angeklagten aus. Im übrigen fallen dem Angeklagten M\*\*\* nicht zwei gesonderte Delikte, sondern ohne Rücksicht darauf, ob er bei sämtlichen Tathandlungen oder bloß bei den vom Punkt 1/ des Schuldspruchs erfaßten Gewerbsmäßigkeit zu verantworten hat, nur das eine Vergehen nach dem § 16 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2 SGG zur Last, wie dies auch - im Gegensatz zum Urteilsspruch (S 323) - in den Urteilsgründen zutreffend zum Ausdruck kommt (vgl. S 332 unten und S 333 dA).

Zu verweisen ist ferner darauf, daß nach dem § 16 Abs. 1 SGG ua strafbar ist, wer einem anderen Suchtgift überläßt; das Überlassen von Suchtgift an eine andere Person begründet demnach stets unmittelbare Täterschaft und nicht

bloß sonstigen Tatbeitrag im Sinn des dritten Falls des § 12 StGB zur Einfuhr oder zum Erwerb von Suchtgiften, wie es das Erstgericht - abermals ohne Benachteiligung des Angeklagten H\*\*\* - annahm.

Der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten H\*\*\* war sohin teilweise Folge zu geben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt zu bleiben hatte, im Ausspruch über die gewerbsmäßige Tatverübung und über die Unterstellung der Tat dieses Angeklagten auch unter den Abs. 2 Z 2 des § 16 SGG sowie in dem den Angeklagten H\*\*\* betreffenden Strafausspruch aufzuheben und gemäß dem § 288 Abs. 2 Z 3 StPO insoweit in der Sache selbst wie im Spruch zu erkennen.

Im übrigen war die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten H\*\*\* ebenso wie jene des Angeklagten M\*\*\* zu verwerfen.

Zur Maßnahme gemäß § 290 Abs. 1 StPO:

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerden war vom Obersten Gerichtshof von Amts wegen wahrzunehmen, daß der den Angeklagten Klaus M\*\*\* betreffende Ausspruch über die Vorhaftanrechnung insofern unvollständig und daher zum Nachteil dieses Angeklagten mit Nichtigkeit gemäß der Z 11 des § 281 Abs. 1 StPO behaftet ist, als eine Anrechnung seiner in der Zeit vom 31. März 1985, 13.30 Uhr, bis 1. April 1985, 0.15 Uhr, erlittenen Vorhaft (vgl. S 46, 47 dA) unterblieb.

Bei der im Fall des Manfred H\*\*\* erforderlichen

Neubemessung der Strafe nach dem § 16 Abs. 1 SGG wertete der Oberste Gerichtshof keinen Umstand als erschwerend und berücksichtigte demgegenüber den (infolge zwischenzeitiger Tilgung der Vorstrafen anzunehmenden) ordentlichen Wandel dieses Angeklagten als mildernd. Bei Abwägung dieser Strafzumessungsgründe entsprach eine Freiheitsstrafe in der Dauer von fünf Monaten dem Handlungs- und Erfolgsunwert der von Manfred H\*\*\* zu verantwortenden Tat sowie dessen Täterpersönlichkeit.

Mit seiner Berufung war Manfred H\*\*\* auf diese Entscheidung zu verweisen.

Über Klaus M\*\*\* verhängte das Erstgericht nach dem § 16 Abs. 2 SGG eine Freiheitsstrafe in der Dauer von sieben Monaten. Bei der Strafbemessung nahm es die zweifache Tatbegehung als erschwerend an und wertete bei diesem Angeklagten das Alter unter 21 Jahren sowie das Geständnis vor der Gendarmerie als mildernd. Mit seiner Berufung begehrt Klaus M\*\*\* die Herabsetzung der Freiheitsstrafe und die Gewährung bedingter Strafnachsicht. Die Berufung ist teilweise berechtigt.

Das Erstgericht stellte die gegebenen Strafzumessungsgründe zwar im wesentlichen zutreffend fest, maß jedoch dem Umstand, daß Klaus M\*\*\* zu den Tatzeiten erst 19 Jahre alt war, zu geringes Gewicht bei. Dem Obersten Gerichtshof erschien daher eine maßvolle Reduktion der Freiheitsstrafe auf das tatschuldadäquate Ausmaß von sechs Monaten als geboten.

Der begehrten Gewährung bedingter Strafnachsicht standen in Anbetracht der Art des Deliktes präventive Gründe entgegen. Es war daher spruchgemäß zu erkennen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E08322

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

ECLI:AT:OGH0002:1986:0110OS00039.86.0513.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19860513\_OGH0002\_0110OS00039\_8600000\_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)