

# TE OGH 1985/9/26 130s135/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.09.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 26. September 1985 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Harbich als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Müller (Berichterstatter), Dr. Hörburger, Dr. Lachner und Dr. Brustbauer als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Zimmermann als Schriftführers in der Strafsache gegen Franz A wegen des Verbrechens des versuchten Mords nach § 15, 75 StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Geschwornengerichts beim Landesgericht Feldkirch vom 9. Juli 1985, GZ 16 Vr 541/83-165, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalts Dr. Tschulik, und des Verteidigers Dr. Schmidt, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung wird nicht Folge gegeben.

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

## Text

Gründe:

Der am 25. Oktober 1943 geborene Zuhälter Franz A wurde auf Grund des Verdikts der Geschwornen (Bejahung der einzigen Hauptfrage im Stimmenverhältnis 7 : 1) des Verbrechens des versuchten Mordes nach § 15, 12, zweiter Fall, 75 StGB schuldig erkannt. Darnach hat er zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt an einem unbekanntem Ort den Josef B 'durch Aufforderung sowie durch das Versprechen und die Übergabe von Geldzuwendungen' dazu bestimmt, daß jener und sein Bruder Karl B (welcher bei der Tat selbst ums Leben kam) am 24. August 1982 in Feldkirch im einverständlichen Zusammenwirken versuchten, den Johann Arthur C zu töten, indem sie aus einer Doppelflinte und aus einem Sturmgewehr 58 mehrere Schüsse auf den vor ihnen stehenden Josef Anton D abfeuerten, den sie irrtümlich für C

hielten, wobei D, von einem Schrotschuß am Unterleib getroffen, lebensgefährliche schwere Verletzungen erlitt.

Diesen Schuldspruch bekämpft der Angeklagte mit einer auf § 345 Abs 1 Z. 5, 6, 8 und 11 lit a StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

Als Verfahrensmängel (Z. 5) rügt der Beschwerdeführer, daß eine zeugenschaftliche Vernehmung des in der Bundesrepublik Deutschland wohnhaften, nach Verfahrensausscheidung abgesondert verfolgten Josef B vor dem erkennenden Gericht, die Beischafterung der das Ermittlungsverfahren gegen Josef B wegen Beteiligung an der gegenständlichen Straftat betreffenden Akten des Landgerichts (bzw. der Staatsanwaltschaft) Amberg sowie eine

Aufforschung des Siegfried E zum Zweck seiner zeugenschaftlichen Vernehmung in der Hauptverhandlung unterblieben sei und daß die Protokolle über die Überwachung des Telefonanschlusses des Josef B trotz Nichteinhaltung der Voraussetzungen des § 149 a StPO verlesen worden seien.

### **Rechtliche Beurteilung**

Indes wurden Verteidigungsrechte nicht beeinträchtigt. Der Vorlesung der von Siegfried E und Josef B im Rechtshilfeweg abgelegten gerichtlichen Zeugenaussagen hat der Verteidiger in der Hauptverhandlung ausdrücklich zugestimmt (§ 252 Abs 1 Z. 4 StPO; Bd. III S. 332, 335, 341). Bezüglich der den Angeklagten belastenden Aussage des E lagen zudem die Voraussetzungen für eine Verlesung gemäß § 252 Abs 1 Z. 1 StPO vor, weil der Aufenthalt dieses Zeugen trotz sachdienlicher Erhebungen nicht ermittelt werden konnte (Bd. II S. 468 a, III S. 9, 83, 132, 149, 150). Allerdings wäre eine Vorladung des Josef B aus dem Ausland möglich gewesen und dieser hätte im Fall seines Erscheinens vor dem österreichischen Gericht als Zeuge (entgegen der Meinung des Vorsitzenden des Schwurgerichtshofs: siehe Bd. III S. 335) den Anspruch gehabt, wegen der von ihm seinerzeit im Inland begangenen Handlungen hier nicht verfolgt und in Haft genommen zu werden ('freies Geleit' - § 72 Abs 2 ARHG. sowie Linke-Epp-Dokoupil-Felsenstein, Int. Strafrecht, Erläuterungen zu § 53 und 72 ARHG.; Respektsfrist fünfzehn Tage). Indes wurde nicht dargetan, weshalb trotz einverständlicher Verlesung (siehe oben) das Erscheinen BS vor dem erkennenden Gericht notwendig gewesen wäre und ein anderes Ergebnis als die Zeugenvernehmung (übrigens mit Beteiligung des Verteidigers des Angeklagten: § 162 Abs 2 StPO) im Rechtshilfeweg (Bd. III S. 153 ff.) hätte erwarten lassen.

über den Antrag auf Beischaffung der Strafakten gegen Josef B aus der Bundesrepublik Deutschland hat der Schwurgerichtshof zwar kein formelles Zwischenerkenntnis gefällt. Doch konnte dieser Verstoß gegen § 238 Abs 1 StPO dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereichen, weil schon zufolge des in der Hauptverhandlung vorgetragenen Fernschreibens der Staatsanwaltschaft Amberg feststeht, daß gegen Josef B bei dieser Behörde ein Ermittlungsverfahren anhängig war, welches zunächst mit Verfügung vom 22. April 1983 gemäß § 170 Abs 2 dStPO eingestellt (und nicht, wie der Beschwerdeführer zunächst behauptet hatte, mit Freispruch beendet) wurde. Auf Grund des Ersuchens der Staatsanwaltschaft Feldkirch um Übernahme der Strafverfolgung wurde erneut ein Ermittlungsverfahren eingeleitet, das bisnun 'nicht abgeschlossen und nicht gerichtsanhängig' ist (Bd. III S. 319, 352). Daß den deutschen Ermittlungsakten bestimmte, dem Erstgericht bisher verschlossen gebliebene Beweisergebnisse zugunsten des Angeklagten hätten entnommen werden können, wurde im Beweisantrag nicht behauptet (Bd. III S. 334, 351).

Verfehlt ist schließlich die Ansicht, die von der Ratskammer des Landesgerichts Feldkirch angeordnete Telefonüberwachung habe gegen ein Beweiserhebungsverbot verstoßen, weshalb die Aufzeichnungen nicht als Beweismittel hätten verwendet werden dürfen. § 149 a Abs 1 StPO läßt die Überwachung des Fernmeldeverkehrs einschließlich der Aufzeichnung seines Inhalts zu, wenn zu erwarten ist, daß dadurch die Aufklärung einer vorsätzlich begangenen, mit mehr als einjähriger Freiheitsstrafe bedrohten strafbaren Handlung gefördert werden kann und wenn u.a. Gründe für die Annahme vorliegen, daß sich eine der Tat dringend verdächtige Person mit dem Inhaber der Fernmeldeanlage unter Benützung derselben in Verbindung setzen werde. Diese Voraussetzungen trafen auf die Telefonüberwachung zu. Daran ändert nichts, daß diese im Rahmen der Vorerhebungen gegen D und C in einem Zeitpunkt angeordnet worden ist, in welchem A noch nicht in gerichtliche Voruntersuchung gezogen worden war, und daß die Überwachung zunächst den in der Bundesrepublik Deutschland verfolgten Josef B betroffen hat. Die Aufzeichnung des Inhalts eines zulässigerweise überwachten Fernmeldeverkehrs darf, wie sich aus § 149 b Abs 2 StPO ergibt ('..... für das gegenwärtige oder für ein erst einzuleitendes Strafverfahren gegen ihn') auch in einem gegen andere Personen als den ursprünglich Verdächtigten erst nachträglich eingeleiteten Strafverfahren verwertet werden (StS 47/34). Ein Verstoß gegen die Vorschriften der § 149 a und

149 b StPO steht übrigens unter keiner Nichtigkeitssanktion (JBl 1979 S. 663, 664). Ob die Tonbänder wörtlich oder, wie behauptet, zusammenfassend zum Nachteil des Angeklagten übertragen worden sind, kann im Hinblick darauf, daß die verfahrensrelevanten Bänder über die abgehörten Gespräche in der Hauptverhandlung abgespielt worden sind, auf sich beruhen (Bd. III S. 327 bis 331, 342, 350).

Eine Verletzung der Vorschriften über die Fragestellung (Z. 6) erblickt der Nichtigkeitswerber im Unterbleiben von Eventualfragen nach gefährlicher Drohung (§ 107 Abs 1 und 2 StGB), Nötigung bzw. schwerer Nötigung (§ 105 Abs 1, 106 Abs 1 Z. 1 StGB), schwerer Erpressung (§ 144 Abs 1, 145 Abs 1 Z. 1 StGB) sowie Körperverletzung, schwerer

Körperverletzung und absichtlicher Körperverletzung (§ 83, 84; 87 StGB). Derartige Fragen wären gemäß § 314 Abs 1 StPO nur dann geboten gewesen, wenn in der Hauptverhandlung über bloße Mutmaßungen hinaus Tatsachen vorgebracht worden wären, die es, wären sie erwiesen, in den Bereich der näheren Möglichkeit rückten, daß die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat unter ein anderes Strafgesetz (das nicht strenger ist als das in der Anklageschrift angeführte) fiel (EvBl 1978/119 = LSK. 1978/139, 13 Os 108/84, 13 Os 177/84). Solche Tatumstände, die dem Sachverhalt, welcher den Gegenstand der Hauptfrage bildete, eine andere juristische Gestaltung gegeben hätten, sind weder vom Angeklagten selbst, der - ebenso wie der abgesondert verfolgte Josef B - jeden Zusammenhang mit dem Mordanschlag in Abrede gestellt hat, noch sonst vorgebracht worden. Auch aus den nach ihrem gesamten Inhalt (und nicht an Hand von herausgegriffenen Sätzen) zu beurteilenden Zeugenaussagen des Josef Anton D und des Johann F ergeben sich keine, allenfalls Rückschlüsse auf eine Anstiftung zu einem anderen Delikt als Mord gestattenden Anhaltspunkte. Die Argumentation, aus der Tatsituation hätte abgeleitet werden können, daß die unmittelbaren Täter das gut sichtbare Ziel mit einem gezielten Schuß nicht hätten verfehlen können, also das Opfer gar nicht töten wollten, sondern in Notwehr lebensgefährlich verletzt hätten, stellt eine bloße Spekulation dar, die der Grundlage in einem Tatsachenvorbringen in der Hauptverhandlung - nicht bloß im Beweisverfahren (siehe § 314 Abs 1 Anfang StPO) - entbehrt.

Die Rechtsbelehrung wird hinsichtlich der Begriffe der Kausalität und des 'dolus directus' (ein nur im Gegensatz zum dolus indirectus sinnvoll gewesener Begriff - vgl. Leukauf-Steininger 2 Rz. 24 zu § 5 StGB) als für juristische Laien unverständlich und bezüglich der Auslegung der Bestimmungstäterschaft (Anstiftung) als unvollständig gerügt (Z. 8); letzteres, weil der Hinweis fehle, daß sich die Bestimmung (Anstiftung) eines anderen, einen Menschen zu töten, auf eine bestimmte Person beziehen müsse. Auch diese Einwände versagen. Irgendwelche Mißverständnisse konnte die Rechtsbelehrung diesbezüglich bei den Geschwornen nicht hervorrufen, weil sich im Hinblick darauf, daß der Mord in der Entwicklungsstufe des Versuchs geblieben ist, das Kausalitäts- und Zurechnungsproblem gar nicht stellt; ist doch der Versuch nur gegeben, bevor der tatbestandsmäßige Erfolg eintritt. Ebenso wenig ist eine Rechtsbelehrung fehlerhaft, die sich in der Wiedergabe des Wortlauts des § 5 Abs 1 StGB erschöpft, weil der rechtsbegriffliche Inhalt des Vorsatzes sich mit der nach allgemeiner Vorstellung ihm zugeordneten Bedeutung deckt und als deskriptiver Begriff keiner Klärung bedarf (13 Os 41/80, 10 Os 96/81).

Inwiefern die Rechtsbelehrung wegen ihrer angeblichen Kompliziertheit sonst noch geeignet gewesen sein sollte, die Laienrichter über die in der einzigen Frage aufscheinenden gesetzlichen Merkmale der strafbaren Handlung und über die Auslegung der darin vorkommenden Gesetzesbegriffe irrezuleiten, wurde von der Beschwerde, die lediglich gegen eine angebliche Pressebeeinflussung der Geschwornen und gegen die Objektivität des Wahrspruchs polemisiert, nicht dargetan.

Bezüglich der Anstiftung geht der Beschwerdeführer von der seiner Meinung nach denkmöglichen Variante aus, die unmittelbaren Täter hätten auf D nicht in der irrigen Meinung, es handle sich um C, sondern in voller Kenntnis seiner Identität (allenfalls mit Tötungsvorsatz) die Schüsse abgefeuert. Die Argumentation des Rechtsmittelwerbers, er würde nicht gemäß § 12, zweiter Fall, StGB haften, wenn er zwar die beiden Schützen angestiftet hat, C zu töten, diese aber ihrerseits entgegen dem Willen des Anstifters auf D geschossen haben, um diesen zu töten oder zu verletzen, geht fehl.

Ob eine bis zum strafbaren Versuch des Delikts durch den unmittelbaren Täter (Angestifteten) führende und insoweit erfolgreiche (faktisch rückbezogen vom fehlenden Deliktserfolg aber nur 'versuchte') Anstiftung (LSK. 1985/21 = EvBl 1985/83) oder aber einer der drei Fälle einer im eigentlichen Sinn versuchten Anstiftung (1. sog. alias facturus, wenn der Anzustiftende bereits von sich aus zur Tatbegehung entschlossen ist; 2. die mißlungene Anstiftung, wenn es dem Anstifter nicht gelingt, im Anzustiftenden den Willen zur Tat zu erzeugen; 3. die erfolglose Anstiftung, wenn es aus anderen Gründen trotz Erwecken des Tatentschlusses nicht einmal zum Versuch der Haupttat kommt: LSK. 1976/245;

Foregger-Serini 3 S. 60 oben, 68; Leukauf-Steininger 2 S. 82 oben;

13 Os 112/85) vorliegt, ist rechtlich gleichgültig: In jedem dieser Fälle verantwortet der Anstifter das versuchte Delikt (§ 12, zweiter Fall, 15 Abs 2 StGB).

Daraus folgt für den gegenständlichen Fall, daß dem Angeklagten, sofern nur sein Vorsatz auf die Tötung des C durch die von ihm gedungenen 'Killer' gerichtet war, jedenfalls versuchter Mord anzulasten ist, gleichgültig, ob die Haupttäter die ihnen zugedachte Tat versucht oder ob sie nicht mit dem Vorsatz, C zu töten, gehandelt haben, sondern diesen

bloß einschüchtern, nötigen, erpressen oder verletzen wollten. Dasselbe gälte, wenn die unmittelbaren Täter in Überschreitung ihres Auftrags entgegen dem Willen des Anstifters gehandelt (*excessus mandati*) und in voller Kenntnis der Identität des Tatopfers mit Tötungsvorsatz auf D geschossen hätten; in einem solchen Fall haftet der Anstifter wegen jenes Delikts, zu welchem er den anderen bestimmen wollte (Leukauf-Steininger 2 RN. 7 zu § 13 StGB). Darnach ist es nicht entscheidend, ob den Haupttätern ein Irrtum über das in bezug auf den Mord tatbestandsmäßig gleichwertige (*Mensch gleich Mensch*) Handlungsobjekt (*error in obiecto, in corpore vel in persona*) unterlaufen ist (Leukauf-Steininger 2 RN. 19 zu § 7 StGB), ob die Tatausführung bewußt gegen D (statt gegen C)

gerichtet war oder ob die Anstiftung in eine vorsatzerhebliche Tatabweichung (quantitativer oder qualitativer Exzeß) mündete. Bei dem Einwand (Z. 11 lit a), es sei im Beweisverfahren nicht klar zum Ausdruck gekommen, daß er Josef und Karl B zur Ermordung des C angestiftet habe, und es liege kein Beweis dafür vor, daß sich die Brüder B in der Person ihres Opfers geirrt und den Vorsatz gefaßt hätten, jenen zu töten, übersieht die Beschwerde, daß eine Nichtigkeit gemäß § 345 Abs 1 Z. 11 lit a StPO nur aus den im Wahrspruch der Geschwornen festgestellten Tatsachen abgeleitet werden darf. Mit der Behauptung, die Geschwornen hätten Beweismittel unbeachtet gelassen und seien zu einer unrichtigen Lösung der Schuldfrage gekommen, gelangt der angezogene Nichtigkeitsgrund darum nicht zur gesetzmäßigen Darstellung.

Die Rechtsrüge macht ferner geltend, daß die Tat, zu der er Josef B und dessen Bruder angestiftet haben soll, im Stadium einer straflosen Vorbereitungshandlung geblieben sei. Mitnichten:

Ein Anstiftungsversuch liegt bereits vor, wenn der Anstifter objektiv ein im nahen Vorfeld der Erfolgsverwirklichung des 'Bestimmens' als des Tätigkeitsworts des § 12, zweiter Fall, StGB und zugleich des Bezugspunkts des korrespondierenden Versuchs (§ 15 Abs 2 StGB) gelegenes Verhalten gesetzt und subjektiv die entscheidende Hemmstufe überwunden hat (LSK. 1982/22; 13 Os 202/84, 13 Os 112/85). Nicht erforderlich ist hingegen für die Zurechnung der Anstiftung als Deliktsversuch, daß der Haupttäter seinen Entschluß, die Tat auszuführen, schon durch eine Ausführungshandlung oder durch ein der Ausführung unmittelbar vorangehendes Verhalten betätigt. Da im Verdikt ausgesprochen ist, daß der Angeklagte den Josef B angestiftet hat, C vorsätzlich zu töten, kann auf der Grundlage dieser von den Geschwornen als erwiesen angenommenen Tatsache nicht in Zweifel gezogen werden, daß der Beschwerdeführer eine auf die vorsätzliche Tötung eines Menschen gerichtete ausführungsnaher Anstiftungshandlung gesetzt hat. Daß darüber hinaus das Abfeuern von Schüssen auf einen vor ihnen stehenden Mann keine straflose Vorbereitungshandlung der beiden Haupttäter war, sollte hier nicht gesagt werden müssen. Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Das Geschwornengericht verhängte über den Angeklagten nach § 75 StGB und unter Bedachtnahme gemäß § 31 StGB auf das Urteil des Landesgerichts Feldkirch vom 5. Juli 1983, 16 a Vr 2846/82 (§ 83 Abs 1; 105 Abs 1, 106 Abs 1 Z. 3; 12, zweiter Fall, 98 Abs 1; 216 StGB: drei Jahre Freiheitsstrafe), eine Zusatzstrafe von dreizehn Jahren. Dabei waren erschwerend die sehr zahlreichen einschlägigen Vorstrafen und der Umstand, daß der Angeklagte aus einem besonders verwerflichen Beweggrund gehandelt hat, um seinen größten Konkurrenten im Zuhältermilieu zu beseitigen; mildernd war hingegen nur, daß der Mord beim Versuch geblieben ist. Mit seiner Berufung strebt der Angeklagte eine Herabsetzung des Strafmaßes (auf die 'Mindeststrafe') an. Er führt dazu lediglich aus, daß die einschlägigen Vorstrafen deshalb nicht als erschwerend hätten gewertet werden dürfen, weil sie nicht unbedingte Freiheitsstrafen waren und Mord die gesonderte Anrechnung als 'ein Handeln aus besonders verwerflichem Beweggrund' schlechthin ausschließe, weil er als solcher schon überaus verwerflich und vom Strafgesetz schärfstens verpönt sei.

Beides trifft nicht zu. Erschwerend ist die Verurteilung wegen einer auf gleicher schädlicher Neigung beruhenden Tat § 33 Z. 2 StGB). Daß Mordanschläge ethisch verschieden bewertbare Beweggründe haben können, ist eine unbestreitbare Erfahrungstatsache. Dem Geschwornengericht ist durchaus zu folgen, wenn es von einem besonders gravierenden Schuldgehalt (Bd. III S. 384) spricht. Kann doch nicht verkannt werden, daß der Angeklagte in einer erschreckenden, hierzulande noch kaum praktizierten Manier des organisierten Verbrechertums geradezu die Hinrichtung eines Rivalen durch gedungene Mörder ins Werk gesetzt hat. Dabei ist das ausersehene Opfer zwar noch knapp dem Tod entronnen, ein anderer wurde aber schwer verletzt. Es darf auch nicht völlig außer acht bleiben, daß einer der beiden Bravi sein Leben lassen mußte, eine Auswirkung, die eindeutig auf die Anstiftung des Angeklagten zurückgeht.

Die kaltblütige Bestellung eines Mords aus Konkurrenzgründen im Unterweltmilieu erheischt, wie die Tatrichter durchaus zutreffend erkannt haben, sowohl aus spezial- wie auch aus generalpräventiven Gründen eine exemplarische SanktiON An diesem hier nachgerade kategorischen Erfordernis mußte die Berufung scheitern.

**Anmerkung**

E06795

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1985:0130OS00135.85.0926.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19850926\_OGH0002\_0130OS00135\_8500000\_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)