

# TE OGH 1980/10/14 100s132/80

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.10.1980

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 14. Oktober 1980

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Racek in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini, Dr. Friedrich, Dr. Hörburger und Dr. Lachner als Richter sowie des Richteramtswärters Mag. Winter als Schriftführerin in der Strafsache gegen Karl A und andere wegen § 6 Abs. 1 SuchtgifTG und einer anderen strafbaren Handlung über die von den Angeklagten Karl A und Christoph B gegen das Urteil des Kreisgerichtes Krems an der Donau als Schöffengericht vom 11. Juni 1980, GZ. 11 Vr 770/79- 99, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini, der Ausführungen der Verteidiger Dr. Herta Schirmhofer (für A) und Dr. Johannes Zach (für B) sowie der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Tschulik, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Cristoph B wird verworfen. Der Nichtigkeitsbeschwerde des Karl A wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, welches im übrigen unberührt bleibt, a) in Ansehung dieses Angeklagten sowie gemäß § 290 Abs. 1 StPO auch hinsichtlich der Angeklagten Gustav C, Herbert D, Christoph B und Herta E in dem - im Abschnitt A (zunächst einleitend und sodann in dessen Punkt II 1 neuerlich) enthaltenen - Ausspruch über die Begehung des dort bezeichneten Verbrechens nach § 6 (nunmehr 12) Abs. 1 SGG als Mitglieder einer Bande - bzw. (jeweils im bewußten und gewollten Zusammenwirken) als Bande, b) ebenfalls nach § 290 Abs. 1 StPO in der rechtlichen Beurteilung der einschlägigen Deliktshandlungen des Angeklagten Christoph B zur Gänze als dieses vollendete Verbrechen, c) sowie demgemäß weiters auch in dem auf § 6 (nunmehr 12) Abs. 1 SGG (und zum Teil auch auf § 43 StGB) gestützten Strafausspruch (einschließlich des davon abhängigen Ausspruchs nach § 38 StGB) aller Angeklagten (und sohin unter Aufrechterhaltung des auf § 6 /nunmehr 12/ Abs. 4 SGG fußenden Ausspruches), d) neuerlich nach § 290 Abs. 1 StPO im - hinsichtlich der beschlagnahmten Suchtgiftvorräte (und zwar laut S 161/II bei A 5 g Cannabisharz, bei C etwa 50 g Cannabisharz, bei D 10 g Haschisch sowie 2 LSD-Trips und laut den Punkten 6, 9 und 10 der S 411/II bei Christoph B in einer Phiole, in einem bunten Kuvert und in Silberpapier verwahrte Suchtgiftmengen), sowie der sichergestellten, zum Transport von Suchtgift verwendeten Fahrzeuge (laut S 163/II bei C ein PKW Simca, Kennzeichen N 125.303 und bei D ein PKW Steyr Fiat 128, Kennzeichen N 440.955) aufrecht bleibenden - Verfallsanspruch des weiteren, nämlich soweit er die (laut Seite 161/II) bei A und D beschlagnahmten 2 Shiloms und die sonstigen (laut Pkte 1 bis 5, 7 und 8 sowie 11 bis 14

der Seite 411/II) bei B beschlagnahmten Beweisgegenstände (d. s. 1.) ein weiterer Shilom, 2.) zwei Pfeifen ohne Mundstück, 3.) eine Wasserpfeife blau, 4.) eine Waage, 5.) ein Adressenbuch, ein Kalender und diverse Aufzeichnungen, 6.) ein Zigarettenpapier mit Aufschrift H, 7.) ein Abzeichen mit der Aufschrift LEGALISE CANNABIS

CAMPAIGN, 8.) eine Tabakdose mit Aufschrift 'ESCUADO', Inhalt Staniolpapier mit Zündhölzern, 9.) ein Tabaksäckchen mit Aufschrift 'SCHWARZE HAND', Inhalt: Tabak mit Zigarettenpapier, 10.) ein weißes Briefkuvert der CA, Zweigstelle Reinprechtsdorferstraße, Inhalt:

Tabak mit Zigarettenpapier;

11.) ein rundes rotes Papier mit Aufschrift: 'CLUB HA') betrifft, aufgehoben, sowie zu b) gemäß § 288 Abs. 2 Z 3 StPO in der Sache selbst erkannt:

Christoph B hat durch die im aufrecht gebliebenen Schuldspruch zu A umschriebenen Handlungen das teils vollendete, teils versuchte Verbrechen nach § 6 (nunmehr 12) Abs. 1 SGG, § 15 StGB begangen; zu a) und c) die Sache zur neuerlichen Verhandlung und Entscheidung in diesem Umfang an das Erstgericht zurückverwiesen. Ansonsten wird die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten A verworfen.

Die Berufung des Angeklagten B wegen des Ausspruches über die Schuld wird zurückgewiesen.

Der Berufung des Angeklagten A wird, soweit sie sich gegen die nach § 6 (nunmehr 12) Abs. 4 SGG verhängten Strafen richtet, nicht Folge gegeben.

Im übrigen werden die Angeklagten A und B mit ihren Berufungen auf die obige Entscheidung verwiesen.

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

### **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden 1.) der am 3. Februar 1948 geborene Gelegenheitsarbeiter Karl A, 2.) der am 26. Oktober 1952 geborene Maschinenschlosser Gustav C, 3.) der am 10. September 1958 geborene kaufmännische Angestellte Herbert D, 4.) der am 21. März 1951 geborene Kaufmann Christoph B und 5.) die am 12. Februar 1958 geborene beschäftigungslose Herta E des als Mitglieder einer Bande begangenen Verbrechens nach § 6 Abs. 1 SuchtgiftG - B teils in der Erscheinungsform des Versuches nach § 15

StGB (dessen Anführung im Urteilsspruch allerdings fehlt) sowie D und E teilweise als Beteiligte gemäß § 12 (dritter Fall) StGB - und des Vergehens nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG schuldig erkannt und gemäß § 6 Abs. 1 SuchtgiftG zu Freiheitsstrafen verurteilt. Nach § 6 Abs. 3 SuchtgiftG wurden beschlagnahmte Suchtgiftvorräte und Beweisgegenstände sowie sichergestellte und zum Transport von Suchtgiften verwendete Fahrzeuge für verfallen erklärt. Ferner verhängte das Gericht über die Angeklagten gemäß § 6 Abs. 4 SuchtgiftG für die nicht ergriffenen Suchtgifte bzw. deren Erlöse Verfallsersatz-) Geldstrafen.

Dieses Urteil bekämpfen (nur) die Angeklagten Karl A und Christoph B jeweils mit Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung (bei deren Erledigung im folgenden - soweit kein Anlaß zu einer Aufhebung (oder Abänderung) vorliegt - die angewendeten Bestimmungen des SuchtgiftG mit den bis zum Inkrafttreten der SuchtgiftGNov. 1980, BGBl. Nr. 319, und somit auch noch im Zeitpunkt der Fällung des erstinstanzlichen Urteils aktuellen Ziffern bezeichnet werden).

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Christoph B:

Unter Anrufung der Z 5, der Sache nach auch aus der Z 10 des § 281 Abs. 1 StPO wendet sich der Angeklagte B dagegen, daß ihm einerseits das im September 1979 auch durch Einfuhr von 10 Gramm Kokain aus den Niederlanden 'im bewußten und gewollten Zusammenwirken' mit A begangene Verbrechen nach § 6 Abs. 1 SuchtgiftG (Urteilsfaktum A I) und andererseits das Vergehen nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG (auch) in Ansehung von (nicht mehr bestimmbar) Kokain (Urteilsfaktum D 2) angelastet wird.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Beschwerdeeinwand schlägt nicht durch. Richtig ist zwar, daß dann, wenn die Einfuhr von Suchtgift dem § 6 Abs. 1 SuchtgiftG unterstellt wird, eine zusätzliche Beurteilung des Erwerbes und Besitzes des später selbst konsumierten Teils dieses Suchtgiftes durch den Täter nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel des § 9 Abs. 2 leg.cit. rechtlich ausgeschlossen ist (LSK 1978/257 ua). Diese Voraussetzungen treffen aber hier nicht zu. Aus Urteilsspruch und Urteilsgründen ist hinreichend deutlich zu ersehen, daß das Erstgericht dem Angeklagten B nur den Erwerb und Besitz der über die im Punkt A des Urteilssatzes angeführten Quanten hinausgehenden, zum Eigenverbrauch bestimmt gewesenen Suchtgiftmengen, unter denen sich nach der Aktenlage (Angaben der

Mitangeklagten E) auch Kokain befand (Bd I, S 7 b in ON 9, Bd II, S 303), gesondert als Vergehen nach § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG zurechnete (Bd III, S 231, 245 f). Es liegt deshalb weder ein Begründungsmangel noch ein Rechtsirrtum in der vom Angeklagten B behaupteten Richtung vor.

Sachlich aus dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z 11 StPO bekämpft dieser Angeklagte schließlich den ihn betreffenden Ausspruch über die Verhängung einer (Verfallsersatz-)Geldstrafe nach § 6 Abs. 4 SGG in der Höhe von 266.000 S. Auch diesem Teil der Beschwerde muß jedoch ein Erfolg versagt bleiben. Nicht stichhältig ist der Vorwurf, im angefochtenen Urteil sei bei der Berechnung der in Rede stehenden Geldstrafe sowohl dem Angeklagten A, als auch dem Angeklagten B der volle Wert der eingeführten 10 Gramm Kokain zugerechnet worden. Da das Erstgericht 1 Gramm Kokain mit 2.000 S bewertete und den beiden genannten Angeklagten bei der Bemessung der erwähnten Geldstrafe in bezug auf die fragliche Suchtgiftmenge von 10 Gramm (Kokain) je einen Betrag von 10.000 S anlastet (Bd III, S 254), kann von einer Überschreitung seiner Strafbefugnis keine Rede sein. In der gleichen Weise ging das Gericht auch hinsichtlich der übrigen, von mehreren Angeklagten gemeinsam begangenen Tathandlungen vor. Wenn es ferner die vom Schuldspruch laut Punkt A II 1 des Urteilsatzes erfaßten, mengenmäßig nicht exakt bestimmbareren Suchtgifte mit insgesamt 15.000 S bewertete und hierbei jedem der fünf Angeklagten einen Betrag von 3.000 S zurechnete, so hat das Gericht damit im Hinblick darauf, daß je 1

Gramm Morphin, Heroin und Kokain einen Wert von 2.000 S repräsentiert und nach den Annahmen des Gerichtes von den Angeklagten gemeinsam jeweils einige Gramm Morphin, Heroin und Kokain in Verkehr gesetzt wurden, die Schranken seiner Strafbefugnis gleichfalls nicht zum Nachteil des Angeklagten B mißachtet. Dessen Nichtigkeitsbeschwerde war sohin zu verwerfen. Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Karl A (soweit ihr ein Erfolg versagt wurde):

Dieser Angeklagte macht die Z 5, 10 und 11 des § 281 Abs. 1 StPO geltend, wobei sich die auf die beiden erstbezeichneten Nichtigkeitsgründe gestützten Ausführungen nur gegen den Schuldspruch wegen des Verbrechens nach § 6 Abs. 1 SuchtgiftG als solchen sowie weiters gegen die Annahme der Banden-Qualifikation richten.

Insoweit wird ihm vom Urteil angelastet, daß er vorsätzlich A) den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgifte in solchen Mengen, daß daraus in größerer Ausdehnung eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen konnte, als Mitglied einer Bande

I) 'im bewußten und gewollten Zusammenwirken' mit Christoph B -

siehe auch die vorstehenden diesen Angeklagten betreffenden Ausführungen -

im September 1979 10 Gramm Kokain, welches sie in den Niederlanden erworben hatten, einführten, indem sie es in Briefen nach Österreich schickten (und hier in der Folge /größten/teils durch Weiterverkauf in Verkehr setzten);

II) weiters dadurch in Verkehr setzte, daß er jeweils 'im bewußten und gewollten Zusammenwirken' mit 1) Gustav C, Herbert D, Christoph

B und Herta E (als Mitglieder einer Bande) im Sommer 1979 in Krems a. d. Donau und Umgebung sowie in Bodensdorf ca. 3 kg Haschisch und nicht mehr bestimmbare geringe Mengen, wahrscheinlich jeweils einige Gramm Morphin, Heroin, Kokain, sowie mehrere Portionen ('trips') LSD an zahlreiche, zumeist bisher noch unbekannte Verbraucher verkaufte;

2) Gustav C in der Zeit von März 1978 bis Oktober 1979 in Wien, Krems a. d. Donau und Bodensdorf ca. 1 1/2 kg Haschisch, ca. 10 Gramm Morphin, ca. 100 'trips' LSD, ca. 4 Gramm Heroin und ca. 1 Gramm Kokain teils an Weiterverkäufer, größtenteils aber an etwa 60 Verbraucher verkaufte.

Aus der Z 5 des § 281 Abs. 1 StPO rügt der Beschwerdeführer zunächst das Urteil mit der Argumentation als mangelhaft begründet, daß das Erstgericht entscheidungswesentliche Feststellungen lediglich ('in freier Beweiswürdigung') auf den 'bisherigen Akteninhalt' stütze, seine Verantwortung pauschal als unglaubwürdig abtue und die (ihn entlastenden) Aussagen der in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen unberücksichtigt lasse.

Soweit sich der Angeklagte A solcherart gegen die Urteilsfeststellung wendet, er habe jeweils im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit einem oder mehreren Mitangeklagten (die in den Punkten A II 1 und 2 des Urteilsatzes näher bezeichneten) Suchtgifte durch Verkauf an zahlreiche - laut Urteilspruch (eben) insgesamt mehr als 60 - unbekannte Personen (Verbraucher und Weiterverkäufer) in Verkehr gesetzt, übergeht er, daß sich das

Erstgericht in diesem Zusammenhang keineswegs mit einer globalen Würdigung der Beweisergebnisse begnügte (vergl. insb. Bd III S 247, 251). Es erachtete vielmehr die Verantwortung des Angeklagten A, seiner Kenntnis nach seien Suchtgifte nur an einige wenige bestimmte Personen zum Eigenbedarf weitergegeben worden, vor allem durch die gegenteiligen Angaben des Mitangeklagten C (Bd III, S 178 ff) für widerlegt. Hiebei ließ das Schöffengericht - entgegen dem Beschwerdevorbringen - die Aussagen der Zeugen Monika und Arnold M, mit denen diese ihre Angaben vor der Polizei widerriefen, keineswegs unerörtert, schenkte jedoch ihrer nunmehrigen Darstellung, sie seien bei ihrer Vernehmung durch Beamte der Sicherheitsdirektion für Niederösterreich zu unrichtigen, den Angeklagten A belastenden Angaben veranlaßt worden, auf Grund der Zeugenaussage des Bezirksinspektors N keinen Glauben (Bd III S 250 f). Die Aussagen der Zeugen Hans O, Ronald P, Erich Q und Gerhard R würdigte es im Einklang mit der Aktenlage dahin, daß aus ihnen für den Angeklagten A nichts zu gewinnen sei (Bd III, S 251). Einer speziellen Erörterung auch der Aussage des Zeugen Josef S (Bd III S 204) bedurfte es aus demselben Grunde nicht. Berücksichtigt man schließlich die eigenen Angaben des Angeklagten A bei seiner polizeilichen Einvernahme (Bd I, S 319 = Bd II, S 223) und vor dem Untersuchungsrichter (Bd I, S 17 a ff), wonach er von ihm oder unter seiner Mitwirkung erworbenes Suchtgift durch den Mitangeklagten Gustav C an einen ihm unbekanntem Personenkreis vertreiben ließ, so hat das Erstgericht aus den Verfahrensergebnissen (bei lebensnaher Betrachtung) mangelfrei abgeleitet, daß die Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen, die durch das Inverkehrsetzen von Suchtgift entstehen konnte, jedenfalls eine Vielzahl von Personen in einer Weise erfaßte, derzufolge die Täter die Auswirkungen ihrer Handlung nicht zu begrenzen vermochten, und daß der Angeklagte A diesen Umstand auch in seinen Vorsatz aufgenommen hat. Ebenso wenig vermag dieser einen formellen Begründungsmangel im Sinne des § 281 Abs. 1 Z 5 StPO mit der Behauptung nachzuweisen, das Erstgericht habe die von ihm und dem Angeklagten Christoph B in der Hauptverhandlung gegebenen Darstellungen, wonach die von ihnen (unter Beteiligung des Angeklagten Herbert D) aus den Niederlanden nach Österreich eingeführten 10 Gramm Kokain nicht in Verkehr gesetzt worden seien, nicht berücksichtigt (Schuldspruchfaktum A I). Denn abgesehen davon, daß der Angeklagte B auch in der Hauptverhandlung zugab, er habe von der eingeführten Kokainmenge - entsprechend einer A gemachten Zusage - 5 bis 6 Gramm verkaufen wollen, dann aber nur - 1 Gramm um 2.000 S tatsächlich veräußert (Bd III, S 188), sah das Gericht diese Verantwortungen ersichtlich auf Grund der anders lautenden Angaben des Angeklagten A vor der Polizei (Bd I, S 311

= Bd II, S 215) und des Angeklagten B vor dem Untersuchungsrichter (Bd I, S 15 h in ON 10), wonach sie den Großteil des eingeführten Kokains weiter verkauften, als widerlegt an.

Zum Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs. 1 Z 10 StPO behauptet der Angeklagte A - zunächst eine Beurteilung der Urteilsfakten A II 1 und 2 bloß als Vergehen nach § 9 Abs. 1 (Z 1 und 2) SuchtgiftG anstrebend - das Urteil sei in mehrfacher Hinsicht mit Feststellungsmängeln behaftet.

Auch damit vermag er nicht durchzudringen:

Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Ansicht ist nicht entscheidungswesentlich, von wem und wie die Verkäufe und die Verteilung des Suchtgifts im Detail vorgenommen wurden und in welchen Mengen bei den einzelnen Suchtgiftverkäufen die Weitergabe erfolgte; genug daran, daß die jeweiligen Täter, wie das Erstgericht annahm, hinsichtlich der von den Urteilsfakten A II 1 und 2 erfaßten Suchtgiftmengen an der Ausführung der Taten bewußt und gewollt zusammenwirkten und die Gemeingefahr, die als Folge des Inverkehrsetzens des Suchtgiftes entstehen konnte, jedenfalls einen größeren Personenkreis in einer Weise erfaßte, daß sie die Angeklagten nicht beliebig zu begrenzen vermochten. Soweit der Angeklagte A in diesem Zusammenhang ausführt, er habe nur Haschisch an einen bestimmten, 10 Personen nicht übersteigenden Personenkreis in so kleinen Mengen weitergegeben, daß die betreffenden süchtigen Personen ihren Eigenbedarf decken konnten, geht er nicht, so wie dies für eine gesetzmäßige Ausführung der Rechtsrüge verlangt wird, von den festgestellten Tatsachen, sondern von urteilsfremden Annahmen aus.

Mit Beziehung auf den Nichtigkeitsgrund der Z 11 des § 281 Abs. 1 StPO bekämpft der Angeklagte A den ihn betreffenden Ausspruch über die Verhängung einer (Verfallsersatz-)Geldstrafe im Betrag von 168.000 S mit der Behauptung, das Erstgericht habe damit seine Strafbefugnis überschritten, weil es sich bei der Bemessung dieser Strafe nicht am erzielten oder erhofften Gewinn orientiert habe. Damit verkennt der Angeklagte A jedoch den Unterschied zwischen einer nach § 6 Abs. 1 letzter Satz SuchtgiftG fakultativ angedrohten - und über ihn vorliegend gar nicht verhängten - Geldstrafe, bei der auf den aus der strafbaren Handlung gezogenen Nutzen abzustellen ist, und dem nach dem vierten Absatz dieser Bestimmung für den Fall, daß die verfallsbedrohten Sachen oder ihr Erlös nicht

ergriffen werden können, zwingend in Höhe des Wertes festzusetzenden (Verfallsersatz-)Geldstrafe. Aus dem Grundsatz, daß die Geldstrafe nach § 6 Abs. 4 SuchtgiftG den Verfall (nach § 6 Abs. 3 SuchtgiftG) substituiert, folgt allerdings, daß bei Tatbegehung durch mehrere Beteiligte den Tätern insgesamt nur Wertersatzstrafen bis zur Höhe des tatsächlich erzielten Erlöses oder des gemeinen Wertes des nicht ergriffenen Suchtgifts auferlegt werden dürfen (EvBl. 1979 Nr. 121 = LSK 1979/28 ua); diese Grundsätze wurden aber im vorliegenden Fall ohnedies beachtet (Bd III S 253). Gegenteiliges wird auch vom Beschwerdeführer nicht behauptet. Ein Rechtsirrtum ist beim Ausspruch über die Verhängung einer Geldstrafe gemäß § 6 Abs. 4 SuchtgiftG sohin nicht unterlaufen.

In allen diesen Punkten kommt daher der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten A keine Berechtigung zu.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten A (soweit ihr stattgegeben und demgemäß bezüglich sämtlicher Mitangeklagten eine Maßnahme gemäß § 290 Abs. 1 StPO ergriffen wurde):

Berechtigt ist die Nichtigkeitsbeschwerde dieses Angeklagten hingegen, insofern er in Ansehung der Qualifikation, er (und die anderen Angeklagten) hätte(n) die dem Schuldspruch nach § 6 Abs. 1 SuchtgiftG zugrundeliegenden Straftaten als Mitglied(er) einer Bande (bzw. jeweils in bewußtem und gewolltem Zusammenwirken als Bande) begangen, einen Subsumtionsirrtum gemäß der Z 10 des § 281 Abs. 1 StPO mit der Argumentation geltend macht, es werde im Urteil nicht darüber abgesprochen, 'wann und auf welche Weise die Angeklagten sich mit dem Vorsatz verbunden hätten, fortgesetzt Verbrechen nach dem Suchtgiftgesetz zu begehen' (Bd III S 283).

Tatsächlich ist das Ersturteil in diesem Belange mit Feststellungsmängeln behaftet, beschränken sich doch die bezüglichen Urteilsausführungen - nebst einer bloßen Wiedergabe der verba legalia - ohne jegliche weitere Konkretisierung auf Passagen wie, daß allen Angeklagten 'von Anfang an klar war, daß sie sich mit mehreren anderen mit dem Vorsatz verbunden hatten, fortgesetzt Verbrechen nach dem Suchtgiftgesetz zu begehen' (Bd III S 246), bzw. daß die Angeklagten 'zum größten Teil ihre Lieferanten und Abnehmer kannten und sich auch bewußt waren, daß sie untereinander in geschäftlicher Verbindung standen und die Taten gemeinsam ausführten' (ebenfalls Bd III S 246), oder 'daß immer mindestens drei Personen bei diesen Fahrten .... anwesend waren, daß diese Personen im bewußten und gewollten Zusammenwirken gehandelt haben und daß daher das Vorgehen als Bande anzunehmen gewesen sei' (Bd III S 249).

Bei der Frage nach der Bandenmitgliedschaft kommt es nun zwar weder auf die näheren Vorgänge bei der Entstehung der Bande im Detail noch auf deren innere Organisation an, wohl aber (doch) darauf, daß - allen Mitgliedern bewußt - eine Verbindung zur fortgesetzten Begehung einer Mehrzahl gleichartiger, im einzelnen noch unbestimmter Straftaten (hier nach § 6 - nunmehr 12 - Abs. 1 SuchtgiftG) entstanden ist, welche (etwa durch die gewährleisteteste wechselnde Mitwirkung verlässlicher Komplizen) die Ausführung der strafbaren Handlungen sichert und den Ausführenden durch ihre Zugehörigkeit zur Bande entsprechenden Rückhalt bietet - sei es beispielsweise auch allenfalls nur in Beziehung auf die Sicherheit ihrer Person nach der jeweiligen Tatbegehung oder beim Absatz der Beute - (vgl. EvBl. 1970/371; 1974/146 ua). Nicht erforderlich ist demnach, wie der Vollständigkeit halber beigelegt sei, eine Mitwirkung an der Gründung der Bande; auch wer später zu der schon gebildeten Bande mit der Bereitschaft stößt, sich der Erreichung ihrer Ziele in Kenntnis der Förderung zu beteiligen, und letzteres zumindestens fallweise tut, ist als Bandenmitglied anzusprechen (ÖJZ-LSK 1979/46 ua).

Gerade bezüglich der Entstehung der - vom Erstgericht vorliegend angenommenen - Bande und deren Zielsetzung fehlt es nun überhaupt an jeglichen konkreten Feststellungen.

Die offene Frage, wann, wo und wie sich die Angeklagten zu einer Bande verbunden haben sollen, wird vorliegend noch durch den Urteilsspruch verstärkt. Denn nach dem Einleitungssatz des Punktes A (Bd III S 229) müßte sich der Ausspruch 'als Mitglied einer Bande' auf alle darunter fallenden Punkte, somit A I, A II 1, 2 und 3 sowie A III beziehen; diese betreffen jedoch zum Teil nur A und C einerseits (A II 2) und nur B andererseits (A II 3) sowie Tatzeiten - im Jahre 1978 - als die Genannten noch gar nicht miteinander zusammengetroffen waren.

Bezieht man hingegen den erwähnten Ausspruch bloß auf das Urteilsfaktum A II 1, zu welchem er - sinngemäß - wiederholt wird, dann bleibt, weil dieses Faktum im Sommer 1979 begangen wurde, unklar, warum die laut den Punkten A I, A II 2 und 3 sowie A III (zum Teil) ebenfalls in diesem Zeitraum verübten (anderen gleichartigen) Taten nicht auch bandenmäßig begangen worden sein sollten.

Nach den hiezu getroffenen, allerdings äußerst cursorischen Urteilsfeststellungen bauten die Angeklagten A und C ihre

Verbindungen zu 'mit Suchtgift befaßten Personen' - um welche Personen es sich dabei handeln soll, ist dem Urteil allerdings nicht zu entnehmen - aus, und 'zogen ein regelrechtes Suchtgiftgeschäft auf', dessen Erlös sie (selbst) dringend brauchten (Bd III S 238). Daß die Verbindung dieser beiden Personen (für sich allein) rechtlich noch nicht als Gründung einer Bande anzusehen ist, ergibt sich bereits aus der Legaldefinition des § 278 Abs. 1 StGB. Daß sie sich aber mit einer weiteren dritten Person bandenmäßig verbunden hätten, konstatiert das Urteil nicht, zumal auch der Erlös ausschließlich für diese beiden Angeklagten selbst bestimmt war. Zwar unterstützte der Angeklagte D später A und C 'in voller Kenntnis ihrer Tätigkeit' und nahm auch an Suchtgiftverkäufen der Angeklagten B und E teil (Bd III S 239). Aber auch darin kann schon mangels Feststellung eines wechselseitigen Einverständnisses zur künftigen fortgesetzten Begehung von Suchtgiftverbrechen ein Zusammenschluß zu einer Bande noch nicht erblickt werden; und dies umso weniger als sich D in der Folge von den Zielen von A und B distanzierte (Bd III S 245). Die Angeklagten B und E lebten nun nach den sie betreffenden Urteilsausführungen (Bd III S 241) fast ausschließlich von Suchtgiftgeschäften; ihr Teehaus wurde zu einem Umschlagplatz für Rauschgift. Wie das Urteil ferner darlegt, verkaufte B weitgehend zusammen mit A, C und D Rauschgift und E wirkte dabei mit. Sie lernten sich dabei gut kennen und A stellte in der Folge B und E ein Zimmer zur Verfügung. Von einem (wenn auch nur konkludenten) Zusammenschluß zu einer Bande im oben angeführten Sinn ist jedoch auch in dem Zusammenhang keine Rede. Schließlich beschlossen die Angeklagten A und B einen - der Aktenlage nach einmaligen - Einkauf von Suchtgift in den Niederlanden, wozu sie auch - im Ergebnis vergeblich - D gewinnen wollten (Bd III S 244 f). Zusammenfassend rügt der Beschwerdeführer nach dem Gesagten somit zu Recht, daß das Urteil keinen Aufschluß darüber gibt, wann und auf welche Weise er sich (vorliegend) mit mindestens zwei weiteren Personen mit dem Vorsatz verbunden hätte, fortgesetzt Verbrechen nach dem Suchtgiftgesetz zu begehen.

Das angefochtene Urteil ist daher in dieser Richtung - in Ansehung sämtlicher Angeklagten - mit einer materiellrechtlichen Nichtigkeit im Sinne der Z 10 des § 281 Abs. 1

StPO behaftet.

Es war deshalb in (teilweiser) Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten A - bezüglich der Angeklagten C, D, B und E aber von Amts wegen gemäß § 290 Abs. 1 StPO - das Urteil im Ausspruch über die Bandenqualifikation aufzuheben und dem Erstgericht hiezu die Verfahrenserneuerung aufzutragen. Damit erübrigt sich jedoch eine Erörterung der insoweit vom Angeklagten A erhobenen Mängelrüge.

Zur weiteren Maßnahme gemäß § 290 Abs. 1 StPO hinsichtlich des Angeklagten B:

Nach dieser Vorschrift war außerdem aufzugreifen, daß dem Angeklagten B im Ausspruch über die Tat, deren er zu Pkt A III schuldig befunden wurde (§ 260 Abs. 1 Z 1 StPO) zwar ausdrücklich - rechtsrichtig - nur der Versuch, 250 g Haschisch in Verkehr zu setzen, angelastet wird, die Taten des Angeklagten im Ausspruch über die strafbare Handlung, welche die laut den Schuldsprüchen als erwiesen angenommenen Tatsachen begründen (§ 260 Abs. 1 Z 2 StPO), aber - ersichtlich konform mit der diesbezüglich ebenfalls verfehlten Anklageschrift (Bd II S 429 ff) - rechtlich unrichtig zur Gänze als vollendetes Verbrechen nach § 6 Abs. 1 SuchtgiftG beurteilt werden. Diese falsche Subsumtion (ebenfalls § 281 Abs. 1 Z 10 StPO), welche dem Angeklagten (obwohl für das versuchte wie auch für das vollendete Verbrechen die gleiche Strafdrohung Platz greift) zum Nachteil gereicht (vgl. § 314 Abs. 1 StPO: 'nur' Versuch; Mayerhofer-Rieder, Strafprozeßordnung, die zu § 281 Abs. 1 Z 10 StPO unter Nr. 62 zitierten Entscheidungen; vorliegend überdies die Strafzumessungsgründe des angefochtenen Urteils, in deren Rahmen dem Beschwerdeführer - ersichtlich infolge dieses Rechtsirrtums - der Milderungsgrund, daß es /teilweise/ beim Versuch geblieben ist /§ 34 Z 13 StGB/ nicht zugutegehalten worden ist /Bd III S 252/). Zur Maßnahme gemäß § 290 Abs. 1 StPO in Ansehung des Verfallsausspruchs.

In dem auf § 6 Abs. 3 SuchtgiftG fußenden Verfallsausspruch ist das Urteil mehrfach mit Nichtigkeit im Sinne des § 281 Abs. 1 Z 11 StPO zum Nachteil mehrerer Angeklagter behaftet.

Das Verfallserkenntnis entspricht - wie vorauszuschicken ist - schon insofern nicht dem Gesetz, als es sich darauf beschränkt 'die beschlagnahmten Suchtgiftvorräte und Beweisgegenstände (Bd II S 161 und Bd II S 411), sowie die sichergestellten und zum Transport von Suchtgiften verwendeten Fahrzeuge (Bd II S 163) für verfallen' zu erklären: die von einem - gemäß § 443 Abs. 2

StPO einen Teil des Ausspruches nach § 260 Abs. 1 Z 3 StPO bildenden - Verfallserkenntnis betroffenen Gegenstände müssen nämlich (dort) ausdrücklich und in einer Verwechslungen ausschließenden Weise bezeichnet werden, zumal

der bezügliche Ausspruch gemäß § 408 Abs. 1 StPO geeignet sein muß, allenfalls sogar die Grundlage für eine Exekution zu bilden (EvBl. 1979/224 ua).

Abgesehen von diesem formalen Mangel, der (als solcher) für sich allein nicht von Amts wegen wahrgenommen werden könnte, weist der Verfallsausspruch entsprechend dem einleitenden Hinweis auch materiellrechtliche Fehler auf, weil vorliegend nicht nur Suchtgifte und zu deren Transport verwendete Fahrzeuge Gegenstand dieses Ausspruchs bilden, sondern darüber hinaus auch weitere weder zur Herstellung oder Verarbeitung von Suchtgift dienende Sachen, die jedoch ihrer Natur nach weder nach § 6 (nunmehr 12) Abs. 1 (bzw. § 9 - nunmehr 16 - Abs. 3) SuchtgiftG dem Verfall noch nach § 26 StGB der Einziehung unterliegen. Wenn die Generalprokuratur in diesem Zusammenhang meint, in Ansehung solcher Gegenstände, die dem - ihrer Ansicht nach Gewahrsamsausübung (i.S. des § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG tatbestandsmäßigen - Genuß und der Verteilung von Suchtgiften dienen (darunter fallen inhaltlich der von ihr abgegebenen Stellungnahme - im Ergebnis - ua auch zwei laut Bd II S 161 bei A und D beschlagnahmte Shiloms, d.s. Rauchutensilien, nicht aber ein weiterer bei B für verfallen ererkklärter Shilom /Bd II S 411 Z 1/, hinsichtlich dessen die Generalprokuratur - ohne nähere Begründung - eine Maßnahme gemäß § 290 Abs. 1 StPO für geboten hält), sei das Verfallserkenntnis ohnedies zu Recht ergangen, und sich in diesem Zusammenhang auf mehrere Entscheidungen (EvBl.

1979/246 = ÖJZ-LSK 1979/297; EvBl. 1977/200

= ÖJZ-LSK 1977/150) beruft, so geht diese Auffassung fehl.

In den dabei ihrerseits ins Treffen geführten Entscheidungen wird keineswegs der Suchtgiftkonsum für gemäß § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG tatbildlich erklärt, sondern - rechtsrichtig - lediglich der Besitz von Suchtgift dem § 9

(nunmehr 16) Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG subsumiert. Der bloße Konsum von Suchtgift hingegen - der mit der Gewahrsamsausübung (und allenfalls der Gewahrsamserlangung) zwar notwendigerweise einhergeht, sich aber davon begrifflich grundsätzlich unterscheidet - erfüllt daher (an sich) nicht den Tatbestand der einschlägigen Bestimmungen des Suchtgiftgesetzes. Es kann daher wohl etwa das Mitrauchen von Suchtgift aus einer im Kreis herumgehenden Pfeife tatbestandsmäßig nach § 9 (nunmehr 16) Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG; die Pfeife wird allerdings trotzdem nicht zur Begehung dieser strafbaren Handlung verwendet (§ 26 StGB), zumal sie nach ihrer Zweckbestimmung weder dem Erwerb noch dem Besitz, sondern (nur) dem Konsum des Suchtgiftes dient (vgl. RZ 1977/21; EvBl. 1980/9 ua).

Demnach waren die Shiloms und die übrigen dem Spruch zu entnehmenden Gegenstände, für die ähnliches gilt und hinsichtlich deren die gesetzlichen Voraussetzungen jedenfalls nicht vorlagen, durch eine teilweise Aufhebung des Verfallsausspruchs aus diesem zu eliminieren.

Zu den Berufungen:

Die Berufung des Angeklagten A ist, soweit eine Herabsetzung der gemäß § 6 (nunmehr 12) Abs. 4 SuchtgiftG verhängten (Verfallsersatz-)Geldstrafe bzw. allenfalls sogar die gänzliche Abstandnahme von der Verhängung einer solchen (samt der hiefür ausgesprochenen Ersatzfreiheitsstrafe) angestrebt wird, nicht berechtigt. Nach dem Inhalt seiner Ausführungen verkennt der Berufungswerber anscheinend, daß über ihn nicht eine Geldstrafe nach § 6

(nunmehr 12) Abs. 1 (und 2) SuchtgiftG verhängt wurde, welche vom Gericht neben der Freiheitsstrafe (innerhalb bestimmter Grenzen) nach seinem Ermessen festgesetzt werden kann, sondern eine Geldstrafe nach dem Abs. 4 dieser Gesetzesstelle, welche dann, wenn nicht nach deren Abs. 3

auf den Verfall von (in Betracht kommenden) Sachen oder ihres Erlöses erkannt wird, in der Höhe des Wertes der Sachen oder ihres Erlöses und demnach mit einem Geldbetrag in einer bestimmten Höhe festgesetzt werden muß, für dessen Ermittlung das Gesetz dem Gericht keinen Ermessensspielraum läßt.

Daß das Gericht bei der Bestimmung der Höhe dieser (Verfallsersatz-)Geldstrafe nach § 6 (nunmehr 12) Abs. 4 SuchtgiftG gesetzliche Anordnungen mißachtet hatte, wird von der Berufung nicht behauptet. Es war ihr sohin in dem Umfang ein Erfolg zu versagen. Die vom Angeklagten B gegen das Urteil angemeldete wie auch ausgeführte und im Gerichtstag ausdrücklich aufrecht erhaltene Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld war als unzulässig zurückzuweisen, weil ein derartiges Rechtsmittel gegen schöffengerichtliche Urteile nicht vorgesehen (§§ 280, 283 Abs. 1 StPO), vielmehr die Beweiswürdigung des erkennenden Gerichts einer Überprüfung durch die Rechtsmittelinstanz entzogen ist. Mit ihren gegen die nach § 6 Abs. 1 SuchtgiftG ausgesprochenen Freiheitsstrafen gerichteten Berufungen waren die Angeklagten A und B im Hinblick auf die Teilaufhebung des Ersturteils (ua auch im Strafausspruch) und

Anordnung einer Verfahrenserneuerung auf die betreffende Entscheidung zu verweisen.

In bezug auf die vom öffentlichen Ankläger in der Hauptverhandlung vorgenommene 'Ausdehnung der Anklage' auf das Finanzvergehen des gewerbs- und bandenmäßigen Schmuggels nach §§ 35 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a und b FinStrG und auf das Finanzvergehen der gewerbsmäßigen Abgabenhehlerei nach §§ 37 Abs. 1, 38 Abs. 1 lit. a Fin-StrG, zu der das Erstgericht formell falsch sowohl (zunächst in der Hauptverhandlung) einen Beschluß auf ('Fakten'-)Ausscheidung gemäß § 57 StPO gefaßt und verkündet (Bd III, S 223), als auch (sodann im Urteil - sogar unter ausdrücklicher Bezugnahme auf diesen Beschluß im Spruch und in den Entscheidungsgründen) dem öffentlichen Ankläger die (selbständige) Verfolgung (im Sinne des § 263 Abs. 2 StPO) vorbehalten hat (Bd III S 235 und 255), wird darauf verwiesen, daß eine gesonderte Verfolgung der Angeklagten wegen mit im vorliegenden Urteil geahndeten Delikten eintätig zusammentreffender strafbarer Handlungen, also wegen weiteren Tatbeständen, die mit den urteilsgegenständlichen in Idealkonkurrenz verwirklicht wurden (weshalb es auch einer Anklageausdehnung gar nicht bedurfte - vgl. §§ 262, 267 StPO), unzulässig ist. Denn es geht nicht an, einen Angeklagten wegen ein- und derselben Tat nur im Hinblick auf durch sie in der bezeichneten Konkurrenzart verwirklichte verschiedene Deliktstatbestände in mehreren gesondert ergehenden Urteilen unter einem jeweils anderen rechtlichen Gesichtspunkt wiederholt zu verfolgen und zu bestrafen (siehe Mayerhofer-Rieder, Strafprozeßordnung Nr. 13 und 14 zu § 57 StPO und Nr. 21 zu § 263 StPO). Dies gilt auch für in eintätigem Zusammentreffen mit gerichtlich strafbaren Handlungen anderer Art verübten Finanzvergehen, die mit - kumulativ - gesondert zu verhängende Strafen (§ 22 Abs. 1 FinStrG) zu ahnden sind (anders kraft der ausdrücklichen Anordnung des § 53 Abs. 7 FinStrG lediglich dann, falls sich jemand durch dieselbe Tat einer strafbaren Handlung schuldig gemacht hat, die dem Gericht, und eines Finanzvergehens, das der Finanzstrafbehörde zufällt: unter diesen Umständen hat das Gericht die gerichtlich strafbare Handlung und die Finanzstrafbehörde das Finanzvergehen gesondert zu ahnden).

#### **Anmerkung**

E02958

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

ECLI:AT:OGH0002:1980:0100OS00132.8.1014.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19801014\_OGH0002\_0100OS00132\_8000000\_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)