

# TE OGH 2002/5/23 15Os30/02

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 23.05.2002

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 23. Mai 2002 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Markel als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Mag. Strieder, Dr. Schmucker, Dr. Zehetner und Dr. Danek als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Lazarus als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Ilia I\*\*\*\*\* und weitere Angeklagte wegen der teilweise im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) verbliebenen Verbrechen nach § 28 Abs 2 zweiter, dritter und vierter Fall, Abs 3 erster Fall und Abs 4 Z 3 SMG und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Ilia I\*\*\*\*\*, Vasil B\*\*\*\*\* und Jamarber S\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 1. August 2001, GZ 8 Vr 731/00-212, sowie über die Beschwerde des Angeklagten I\*\*\*\*\* gegen den gleichzeitig verkündeten Beschluss (§ 494a Abs 1 Z 4 StPO) nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprok�rators, Generalanwalt Dr. Raunig, der Angeklagten I\*\*\*\*\*, B\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* sowie der Verteidiger Dr. Lehofer und Dr. Vacarescu, jedoch in Abwesenheit der ordnungsgemäß geladenen Angeklagten Z\*\*\*\*\* und seiner Verteidigerin Mag. Sorgo, zu Recht erkannt:

## Spruch

Den Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten I\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt, teils demgemäß, teils nach § 290 Abs 1 StPO auch hinsichtlich des Angeklagten Myfit Z\*\*\*\*\* (der kein Rechtsmittel ergriffen hat) in der rechtlichen Unterstellung der im Schulterspruch festgestellten Tatsachen, und zwar

1. betreffend den Angeklagten I\*\*\*\*\* zu I. B auch unter die Bestimmung des § 28 Abs 3 erster Fall SMG, betreffend den Angeklagten I\*\*\*\*\* zu römisch eins. B auch unter die Bestimmung des § 28 Abs 3 erster Fall SMG,
2. betreffend den Angeklagten S\*\*\*\*\* zu I. A 2a und b sowie I. C 1 und 2 als das Verbrechen (nur) nach § 28 Abs 3 SMG", 2. betreffend den Angeklagten S\*\*\*\*\* zu römisch eins. A 2a und b sowie römisch eins. C 1 und 2 als das Verbrechen (nur) nach "§ 28 Abs 3 SMG",
3. betreffend den Angeklagten Z\*\*\*\*\* zu I. C 1 und 2 als das Verbrechen (nur) nach "§ 28 Abs 2 und 3" sowie auch unter die Bestimmung des § 28 Abs 3 erster Fall SMG, 3. betreffend den Angeklagten Z\*\*\*\*\* zu römisch eins. C 1 und 2 als das Verbrechen (nur) nach "§ 28 Abs 2 und 3" sowie auch unter die Bestimmung des § 28 Abs 3 erster Fall SMG, demnach auch in den die Angeklagten I\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* treffenden Strafaussprüchen (einschließlich der Anrechnung der Vorhaftzeiten) sowie der Beschluss über den Widerruf gemäß § 494a Abs 1 Z 4 StPO aufgehoben und im Umfang der Aufhebung
  - a) die Sache betreffend die Angeklagten I\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen,
  - b) gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO betreffend den Angeklagten S\*\*\*\*\* in der Sache selbst zu Recht erkannt:

Jamarber S\*\*\*\*\* hat durch die unter I. A 2a und b sowie I. C 1 und 2 des erstgerichtlichen Schuldspruchs festgestellten Tatsachen das teilweise im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) verbliebene Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall und Abs 3 erster Fall SMG begangen. Er wird hiefür nach § 28 Abs 3 erster Satz SMG zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt. Jamarber S\*\*\*\*\* hat durch die unter römisch eins. A 2a und b sowie römisch eins. C 1 und 2 des erstgerichtlichen Schuldspruchs festgestellten Tatsachen das teilweise im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) verbliebene Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall und Abs 3 erster Fall SMG begangen. Er wird hiefür nach § 28 Abs 3 erster Satz SMG zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt.

Gemäß § 38 Abs 1 Z 1 StGB wird dem Angeklagten S\*\*\*\*\* die Vorhaft vom 22. März 2000, 23.15 Uhr, bis zum 1. August 2001, 12.25 Uhr, auf die verhängte Freiheitsstrafe angerechnet.

Die Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten I\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* im Übrigen sowie die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten B\*\*\*\*\* (zur Gänze) werden verworfen.

Die Angeklagten I\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* werden mit ihren Berufungen sowie der Angeklagte I\*\*\*\*\* auch mit seiner Beschwerde auf diese Entscheidung verwiesen.

Der Berufung des Angeklagten B\*\*\*\*\* wird nicht Folge gegeben.

Gemäß § 390a StPO fallen den Angeklagten I\*\*\*\*\*, S\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, welches neben in Rechtskraft erwachsenen Schuldsprüchen anderer Mitangeklagter einen rechtskräftigen Teilstreit und andere Entscheidungen (verfehlt auch den Beschluss auf Enthaltung zweier Angeklagter) enthält, wurden die Angeklagten - teilweise unter unvollständiger, somit rechtsirriger Subsumtion der strafbaren Handlungen - schuldig erkannt, und zwar

Ilia I\*\*\*\*\* zu I. B des Verbrechens nach § 28 Abs 2, 3 und 4 Z 3 SMG iVm § 15 StGB, Ilia I\*\*\*\*\* zu römisch eins. B des Verbrechens nach § 28 Abs 2, 3 und 4 Z 3 SMG in Verbindung mit § 15 StGB,

Vasil B\*\*\*\*\* zu I. A des Verbrechens nach § 28 Abs 2 und 3 SMG und zu I. B des Verbrechens nach § 28 Abs 2, 3 und 4 Z 3 SMG iVm § 15 StGB, Vasil B\*\*\*\*\* zu römisch eins. A des Verbrechens nach § 28 Abs 2 und 3 SMG und zu römisch eins. B des Verbrechens nach § 28 Abs 2, 3 und 4 Z 3 SMG in Verbindung mit § 15 StGB,

Jamarber S\*\*\*\*\* zu I. A des Verbrechens (nur) nach "§ 28 Abs 3 SMG" und zu I. C des Verbrechens nach "§ 28 Abs 3 SMG" sowie Jamarber S\*\*\*\*\* zu römisch eins. A des Verbrechens (nur) nach "§ 28 Abs 3 SMG" und zu römisch eins. C des Verbrechens nach "§ 28 Abs 3 SMG" sowie

Myfit Z\*\*\*\*\* zu I. C des Verbrechens (nur) nach "§ 28 Abs 2 und 3 SMG" und zu II. des Vergehens nach § 50 Abs 1 WaffG. Myfit Z\*\*\*\*\* zu römisch eins. C des Verbrechens (nur) nach "§ 28 Abs 2 und 3 SMG" und zu römisch II. des Vergehens nach § 50 Abs 1 WaffG.

Danach haben

I. Ilia I\*\*\*\*\*, Vasil B\*\*\*\*\*, Enkelejd B\*\*\*\*\*, Jamarber S\*\*\*\*\* und Myfit Z\*\*\*\*\* zwischen November 1999 und 22. März 2000 in Graz, Fürstenfeld sowie weiteren nicht bekannten Orten des österreichischen Bundesgebietes gewerbsmäßig den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgifte teilweise in einer das 25-fache der Grenzmenge (richtig: § 28 Abs 6 SMG) ausmachenden Menge eingeführt und in Verkehr gesetzt bzw in Verkehr zu setzen versucht, indem römisch eins. Ilia I\*\*\*\*\*, Vasil B\*\*\*\*\*, Enkelejd B\*\*\*\*\*, Jamarber S\*\*\*\*\* und Myfit Z\*\*\*\*\* zwischen November 1999 und 22. März 2000 in Graz, Fürstenfeld sowie weiteren nicht bekannten Orten des österreichischen Bundesgebietes gewerbsmäßig den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgifte teilweise in einer das 25-fache der Grenzmenge (richtig: § 28 Abs 6 SMG) ausmachenden Menge eingeführt und in Verkehr gesetzt bzw in Verkehr zu setzen versucht, indem

A1) Vasil B\*\*\*\*\* im November 1999 10 kg Cannabiskraut von Italien über die Staatsgrenze nach Österreich verbrachte und von diesen 10 kg Cannabiskraut

2) Vasil B\*\*\*\*\* und Jamarber S\*\*\*\*\*

a) am 24. November 1999 bzw am 25. November 1999 1 kg Cannabiskraut um 35.000 S an den abgesondert verfolgten Harald S\*\*\*\*\* und 1 kg Cannabiskraut um 40.000 S an den abgesondert verfolgten Manfred S\*\*\*\*\* verkauften,

b) am 26. November 1999 in Fürstenfeld 8,025 kg Cannabiskraut mit einem Reinheitsgehalt von 329 +/- 28,0 Gramm Delta 9 THC zu einem Preis von 144.000 S einem verdeckten Ermittler des Bundesministeriums für Inneres verkauften;

B) Vasil B\*\*\*\*\*, Enkelejd B\*\*\*\*\* und Ilia I\*\*\*\*\* (zu ergänzen: zwischen 11. und 12. März 2000) im bewusst gemeinsamen Zusammenwirken 100 kg Cannabiskraut von Italien über die Staatsgrenze nach Österreich verbrachten und am 12. März 2000 in Graz um 1,600.000 S einem verdeckten Ermittler des Bundesministerium für Inneres zu verkaufen versuchten;

C) Myfit Z\*\*\*\*\* Mitte März 2000 10 kg Cannabiskraut von Italien über die Staatsgrenze nach Österreich verbrachte und von diesen 10 kg Cannabiskraut Myfit Z\*\*\*\*\* und Jamarber S\*\*\*\*\*

1) am 16. bzw 17. März 2000 1 kg Cannabiskraut an den abgesondert verfolgten Harald Josef S\*\*\*\*\* um 35.000 S verkauften sowie

2) am 22. März 2000 9 kg Cannabiskraut einem verdeckten Ermittler des Bundesministerium für Inneres zu einem Preis von 180.000 S zu verkaufen versuchten.

II. Darüber hinaus hat Myfit Z\*\*\*\*\* am 22. März 2000 in Fürstenfeld ein als Kugelschreiber getarntes Messer, somit eine verbotene Waffe gemäß § 17 Abs 1 Z 1 WaffG, unbefugt besessen.  
römisch II. Darüber hinaus hat Myfit Z\*\*\*\*\* am 22. März 2000 in Fürstenfeld ein als Kugelschreiber getarntes Messer, somit eine verbotene Waffe gemäß § 17 Abs 1 Z 1 WaffG, unbefugt besessen.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die dagegen vom Angeklagten I\*\*\*\*\* aus Z 4, 5, 5a sowie vom Angeklagten S\*\*\*\*\* aus Z 2, 4, 5 und 10 des § 281 Abs 1 StPO erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden sind teilweise im Recht. Die auf Z 3, 4, 5 und 9 (zu ergänzen: lit) b leg cit gegründete Beschwerde des Angeklagten B\*\*\*\*\* hingegen ist zur Gänze unberechtigt.

Zur Beschwerde des Angeklagten I\*\*\*\*\*:

Die gegen das in der Hauptverhandlung am 1. August 2001 verkündete Zwischenerkenntnis des Gerichtshofs (S 387/3) - dessen Begründung entgegen der zwingenden Bestimmung des § 238 Abs 2 StPO nicht im Protokoll ersichtlich gemacht, sondern erst verspätet im Urteil nachgetragen wurde (US 24) - gerichtete Verfahrensrüge (Z 4) versagt.

Der beantragte Zeuge Matthias K\*\*\*\*\* ist ein für das Gericht unerreichbares Beweismittel, dessen Nichtaufnahme daher nicht bekämpft werden kann (Mayerhofer StPO4 § 281 Z 4 E 104 mit Judikaturhinweisen). Nachdem der seinerzeit gegen Gelöbnis und Erlag einer Kautions enthaftete Matthias K\*\*\*\*\* zur Hauptverhandlung am 22. November 2000 unentschuldigt nicht erschienen war, wurde das gegen ihn anhängige inländische Strafverfahren ausgeschieden, Haftbefehl erlassen und er zur Verhaftung ausgeschrieben (S 205 iVm ON 195, 195 und 197/III sowie US 8 unten und 19 dritter Absatz). Der Beschwerdeführer vermochte bei Antragstellung keine ladungsfähige Anschrift des Genannten anzugeben (S 385/III; vgl dazu Mayerhofer aaO E 109b). Der beantragte Zeuge Matthias K\*\*\*\*\* ist ein für das Gericht unerreichbares Beweismittel, dessen Nichtaufnahme daher nicht bekämpft werden kann (Mayerhofer StPO4 § 281 Z 4 E 104 mit Judikaturhinweisen). Nachdem der seinerzeit gegen Gelöbnis und Erlag einer Kautions enthaftete Matthias K\*\*\*\*\* zur Hauptverhandlung am 22. November 2000 unentschuldigt nicht erschienen war, wurde das gegen ihn anhängige inländische Strafverfahren ausgeschieden, Haftbefehl erlassen und er zur Verhaftung ausgeschrieben (S 205 in Verbindung mit ON 195, 195 und 197/III sowie US 8 unten und 19 dritter Absatz). Der Beschwerdeführer vermochte bei Antragstellung keine ladungsfähige Anschrift des Genannten anzugeben (S 385/III; vergleiche dazu Mayerhofer aaO E 109b).

Die überdies angestrebte Vernehmung "des an der gegenständlichen Aktion beteiligten VE [= verdeckter Ermittler des Bundesministeriums für Inneres], .... zum Beweis dafür, dass der Angeklagte Ilia I\*\*\*\*\* weder Mitglied einer größeren Bande im Sinne der Bestimmung des § 28 Abs 4 SMG bzw diesbezüglich in Erscheinung getreten ist, noch mit den anderen Angeklagten sowie allfälliger Hintermänner in Verbindung zu setzen ist" (S 385 letzter Absatz/III), konnte ohne Schmälerung von Verteidigungsrechten des Angeklagten unterbleiben. Die überdies angestrebte Vernehmung "des an der gegenständlichen Aktion beteiligten VE [= verdeckter Ermittler des Bundesministeriums für Inneres], .... zum Beweis dafür, dass der Angeklagte Ilia I\*\*\*\*\* weder Mitglied einer größeren Bande im Sinne der Bestimmung des § 28

Abs 4 SMG bzw diesbezüglich in Erscheinung getreten ist, noch mit den anderen Angeklagten sowie allfälliger Hintermänner in Verbindung zu setzen ist" (S 385 letzter Absatz/III), konnte ohne Schmälerung von Verteidigungsrechten des Angeklagten unterbleiben.

Zum einen wird ihm im Urteil die Bandenzugehörigkeit im Sinne des § 28 Abs 4 Z 1 oder 2 SMG gar nicht vorgeworfen. Zum anderen ist dem (nur undeutlich formulierten) Beweisantrag auch nicht annähernd zu entnehmen, was unter "der gegenständlichen Aktion" zu verstehen ist und was der Beschwerdeführer mit dem Hinweis, "dass er mit den anderen Angeklagten und allfälligen Hintermänner nicht in Verbindung zu setzen ist", zum Ausdruck bringen will. Dem Antrag mangelt es auch an der für die Relevanzprüfung gebotenen Begründung dafür, warum gerade die Vernehmung des namentlich nicht bekannten verdeckten Ermittlers das angestrebte Beweisergebnis erbracht und den Rechtsmittelwerber dadurch entlastet hätte. Dies wäre umso notwendiger gewesen, als er eine Verbindung zumindest mit den Mitangeklagten B\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* durch die gemeinsame Autofahrt von Italien nach Österreich vom 11. auf den 12. März 2000 zugegeben hat (vgl S 206 ff, 276 f/III). Zum einen wird ihm im Urteil die Bandenzugehörigkeit im Sinne des § 28 Abs 4 Z 1 oder 2 SMG gar nicht vorgeworfen. Zum anderen ist dem (nur undeutlich formulierten) Beweisantrag auch nicht annähernd zu entnehmen, was unter "der gegenständlichen Aktion" zu verstehen ist und was der Beschwerdeführer mit dem Hinweis, "dass er mit den anderen Angeklagten und allfälligen Hintermänner nicht in Verbindung zu setzen ist", zum Ausdruck bringen will. Dem Antrag mangelt es auch an der für die Relevanzprüfung gebotenen Begründung dafür, warum gerade die Vernehmung des namentlich nicht bekannten verdeckten Ermittlers das angestrebte Beweisergebnis erbracht und den Rechtsmittelwerber dadurch entlastet hätte. Dies wäre umso notwendiger gewesen, als er eine Verbindung zumindest mit den Mitangeklagten B\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* durch die gemeinsame Autofahrt von Italien nach Österreich vom 11. auf den 12. März 2000 zugegeben hat vergleiche S 206 ff, 276 f/III).

Entgegen dem Vorbringen in der Mängelrüge (Z 5) begründet das Erstgericht in einer Gesamtschau der maßgebenden Beweise zureichend sowie ohne Verstoß gegen Grundsätze logischen Denkens und der Lebenserfahrung (US 18-21), "weshalb" es zum Schluss kommt, der Angeklagte I\*\*\*\*\* habe im bewusst gemeinsamen Zusammenwirken mit anderen Angeklagten 100 kg Cannabiskraut von Italien nach Österreich geschmuggelt und dieses weiter nach Graz transportiert (US 15 f). Von einer Scheinbegründung kann daher keine Rede sein. Entgegen dem Vorbringen in der Mängelrüge (Z5) begründet das Erstgericht in einer Gesamtschau der maßgebenden Beweise zureichend sowie ohne Verstoß gegen Grundsätze logischen Denkens und der Lebenserfahrung (US 18-21), "weshalb" es zum Schluss kommt, der Angeklagte I\*\*\*\*\* habe im bewusst gemeinsamen Zusammenwirken mit anderen Angeklagten 100 kg Cannabiskraut von Italien nach Österreich geschmuggelt und dieses weiter nach Graz transportiert (US 15 f). Von einer Scheinbegründung kann daher keine Rede sein.

Unberechtigt ist der weitere Vorwurf, das Tatgericht habe die im Rechtsmittel - prozessordnungswidrig nur selektiv - hervorgehobenen Aussagedetails der Zeugen Wolfgang K\*\*\*\*\* (nach dessen Meinung zur Organisation lediglich die Angeklagten S\*\*\*\*\*, B\*\*\*\*\*, Z\*\*\*\*\*, B\*\*\*\*\*) und K\*\*\*\*\* zu zählen seien), Franz B\*\*\*\*\* (der Beschwerdeführer sei den erhebenden Beamten vorher nicht bekannt gewesen) sowie der Angeklagten S\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* (wonach sie I\*\*\*\*\* überhaupt nicht kennen), ferner der Angeklagten B\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* (denen zufolge I\*\*\*\*\* als Fahrer des Pkw's Toyota vom Suchtgiftdeal nichts gewusst habe) mit Stillschweigen übergangen. Denn einerseits vernachlässigt der Nichtigkeitswerber die von den Ermittlern K\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* vorgenommene generelle Bewertung seiner Rolle als Überwacher und Begleiter des urteilsgegenständlichen Suchtgifttransportes (S 235 f und 360 f/III iVm US 16 erster Absatz), sodass bei einer Gesamtbeurteilung daraus keine entscheidende Entlastung erkennbar ist. Andererseits lässt er die Tatsache unberücksichtigt, dass S\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* an dieser strafbaren Handlung gar nicht beteiligt waren. Unberechtigt ist der weitere Vorwurf, das Tatgericht habe die im Rechtsmittel - prozessordnungswidrig nur selektiv - hervorgehobenen Aussagedetails der Zeugen Wolfgang K\*\*\*\*\* (nach dessen Meinung zur Organisation lediglich die Angeklagten S\*\*\*\*\*, B\*\*\*\*\*, Z\*\*\*\*\*, B\*\*\*\*\*) und K\*\*\*\*\* zu zählen seien), Franz B\*\*\*\*\* (der Beschwerdeführer sei den erhebenden Beamten vorher nicht bekannt gewesen) sowie der Angeklagten S\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* (wonach sie I\*\*\*\*\* überhaupt nicht kennen), ferner der Angeklagten B\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* (denen zufolge I\*\*\*\*\* als Fahrer des Pkw's Toyota vom Suchtgiftdeal nichts gewusst habe) mit Stillschweigen übergangen. Denn einerseits vernachlässigt der Nichtigkeitswerber die von den Ermittlern K\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* vorgenommene generelle Bewertung seiner Rolle als Überwacher und Begleiter des urteilsgegenständlichen Suchtgifttransportes (S 235 f und 360 f/III in

Verbindung mit US 16 erster Absatz), sodass bei einer Gesamtbeurteilung daraus keine entscheidende Entlastung erkennbar ist. Andererseits lässt er die Tatsache unberücksichtigt, dass S\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* an dieser strafbaren Handlung gar nicht beteiligt waren.

Angesichts der durch die Tatrichter insoweit als unglaubwürdig abgelehnten Verantwortungen der Angeklagten, als diese mit den Polizeierhebungen und Bekundungen der Beamten Wolfgang K\*\*\*\*\* und Franz B\*\*\*\*\* im Widerspruch stehen, bedurfte es gemäß dem Gebot des § 270 Abs 2 Z 5 StPO keiner Erörterung dieser - den Gesamtzusammenhang vernachlässigend bloß für sich allein betrachtet - der Entlastung dienenden Angaben der Mitangeklagten B\*\*\*\* und B\*\*\*\*\*.

Die behaupteten Begründungsmängel haften daher dem Urteil nicht an.

Nach Prüfung der gesamten Aktenlage durch den Obersten Gerichtshof vermag die Tatsachenrüge (Z 5a) mit neuerlichen, bereits unter Z 5 erfolglos vorgetragenen Hinweisen auf den Angeklagten (nur vermeintlich entlastende) Beweisdetails sowie mit spekulativen Beweiswerterwägungen (so etwa: Die Verantwortung des Beschwerdeführers sei "völlig glaubhaft", während die ihn belastenden Schilderungen des geflüchteten Angeklagten K\*\*\*\*\*, der sich zu Unrecht als "Unschuldslamm" darstelle, eigennützig und "völlig absurd" seien) auf Aktengrundlage keine erhebliche Bedenken gegen die entscheidungswesentlichen Feststellungen zu wecken, I\*\*\*\*\* habe im gemeinsamen Zusammenwirken mit B\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* 100 kg Cannabiskraut von Italien nach Österreich geschmuggelt und danach getrachtet, das Suchtgifft einem verdeckten Ermittler zu verkaufen. Nach Prüfung der gesamten Aktenlage durch den Obersten Gerichtshof vermag die Tatsachenrüge (Z5a) mit neuerlichen, bereits unter Z 5 erfolglos vorgetragenen Hinweisen auf den Angeklagten (nur vermeintlich entlastende) Beweisdetails sowie mit spekulativen Beweiswerterwägungen (so etwa: Die Verantwortung des Beschwerdeführers sei "völlig glaubhaft", während die ihn belastenden Schilderungen des geflüchteten Angeklagten K\*\*\*\*\*, der sich zu Unrecht als "Unschuldslamm" darstelle, eigennützig und "völlig absurd" seien) auf Aktengrundlage keine erhebliche Bedenken gegen die entscheidungswesentlichen Feststellungen zu wecken, I\*\*\*\*\* habe im gemeinsamen Zusammenwirken mit B\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* 100 kg Cannabiskraut von Italien nach Österreich geschmuggelt und danach getrachtet, das Suchtgifft einem verdeckten Ermittler zu verkaufen.

Demnach war die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten I\*\*\*\*\* im bisher behandelten Umfang zu verwerfen.

Zutreffend vermisst dieser Rechtsmittelwerber jedoch im Rahmen der Mängelrüge (der Sache nach Z 10) Feststellungen zum Urteilsvorwurf, er habe "gewerbsmäßig" im Sinne des § 28 Abs 3 erster Fall SMG gehandelt. Dazu ist lediglich im Spruch (US 2) der normative Begriff "gewerbsmäßig" und in der rechtlichen Beurteilung die Qualifikation nach "§ 28 Abs 3 SMG" enthalten (US 25). In den Entscheidungsgründen finden sich zu dieser spezifischen Vorsatzform jedoch überhaupt keine sachbezogenen Ausführungen (vgl US 15 f.). Zutreffend vermisst dieser Rechtsmittelwerber jedoch im Rahmen der Mängelrüge (der Sache nach Z10) Feststellungen zum Urteilsvorwurf, er habe "gewerbsmäßig" im Sinne des § 28 Abs 3 erster Fall SMG gehandelt. Dazu ist lediglich im Spruch (US 2) der normative Begriff "gewerbsmäßig" und in der rechtlichen Beurteilung die Qualifikation nach "§ 28 Abs 3 SMG" enthalten (US 25). In den Entscheidungsgründen finden sich zu dieser spezifischen Vorsatzform jedoch überhaupt keine sachbezogenen Ausführungen vergleiche US 15 f.).

Ein Urteil, das entscheidende Tatsachen unerwogen gelassen hat und dessen tatsächliche Feststellungen daher für eine Prüfung, ob eine Qualifikation zu Recht angenommen wurde, nicht ausreichen, ist nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO nichtig (Mayerhofer StPO4 § 281 Z 10 E 12, 14, 15).

Dieser materiellrechtliche Fehler wirkt sich auch zum Nachteil des Angeklagten Myfit Z\*\*\*\*\* aus, der kein Rechtsmittel erhoben hat. Denn die einzige Konstatierung zu diesem ihn treffenden Schulterspruch I. C, "Z\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* wollten gewinnbringend dieses Suchtgifft [9 kg Marihuana] veräußern" (US 17 unten), vermag die Unterstellung der festgestellten Tatsachen unter § 28 Abs 3 erster Fall SMG nicht zu tragen. Gewerbsmäßig begeht eine strafbare Handlung nämlich nur, wer sie in der Absicht (§ 5 Abs 2 StGB) vornimmt (oder zumindest versucht), sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (vgl 15 Os 139/00, 15 Os 111/01 uam; Foregger/Lizka/Matzka SMG § 27 Anm. VII. 2.). Dieser materiellrechtliche Fehler wirkt sich auch zum Nachteil des Angeklagten Myfit Z\*\*\*\*\* aus, der kein Rechtsmittel erhoben hat. Denn die einzige Konstatierung zu diesem ihn treffenden Schulterspruch römisch eins. C, "Z\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* wollten gewinnbringend dieses Suchtgifft [9 kg Marihuana] veräußern" (US 17 unten), vermag die Unterstellung der festgestellten Tatsachen unter § 28 Abs 3 erster

Fall SMG nicht zu tragen. Gewerbsmäßig begeht eine strafbare Handlung nämlich nur, wer sie in der Absicht (§ 5 Abs 2 StGB) vornimmt (oder zumindest versucht), sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen vergleiche 15 Os 139/00, 15 Os 111/01 uam; Foregger/Lizka/Matzka SMG § 27 Anmerkung römisch VII. 2.).

Dem Schulterspruch I.C haftet noch ein weiterer, dem Angeklagten Z\*\*\*\*\* zum Nachteil gereichender, daher vom Obersten Gerichtshof gleichfalls von Amts wegen (§ 290 Abs 1 StPO) wahrzunehmender Subsumtionsirrtum (Z 10) an. Das Erstgericht hat nämlich den im Urteilsspruch I.C 2 umschriebenen und in den Entscheidungsgründen als das Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) noch nicht überschrittenen festgestellten Sachverhalt (US 17 f) rechtsirrig (lediglich) als das (vollendete) Verbrechen nach "§ 28 Abs 2 und 3 SMG" beurteilt. Dem Schulterspruch römisch eins.C haftet noch ein weiterer, dem Angeklagten Z\*\*\*\*\* zum Nachteil gereichender, daher vom Obersten Gerichtshof gleichfalls von Amts wegen (§ 290 Abs 1 StPO) wahrzunehmender Subsumtionsirrtum (Z 10) an. Das Erstgericht hat nämlich den im Urteilsspruch römisch eins.C 2 umschriebenen und in den Entscheidungsgründen als das Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) noch nicht überschrittenen festgestellten Sachverhalt (US 17 f) rechtsirrig (lediglich) als das (vollendete) Verbrechen nach "§ 28 Abs 2 und 3 SMG" beurteilt.

Demnach war das Urteil einerseits in teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten I\*\*\*\*\*, andererseits gemäß § 290 Abs 1 StPO auch zu Gunsten des Angeklagten Z\*\*\*\*\* in der Annahme sowohl der Qualifikation des § 28 Abs 3 erster Fall SMG als auch bezüglich Z\*\*\*\*\* in der Nichtannahme des Versuchs (§ 15 StGB) sowie in den diese beiden Angeklagten treffenden Strafaussprüchen (einschließlich der Vorhaftanrechnung) und bezüglich I\*\*\*\*\* auch der Beschluss über den Widerruf gemäß § 494a Abs 1 Z 4 StPO aufzuheben und die Sache im Umfang der Aufhebung - unter Verweisung des Angeklagten I\*\*\*\*\* mit seiner Berufung und Beschwerde hierauf - zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zu verweisen.

Im erneuerten Verfahren wird das Tatgericht nicht nur tragfähige und formell mängelfrei begründete Feststellungen darüber zu treffen haben, ob (auch) die Angeklagten I\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* gewerbsmäßig im Sinne des § 70 StGB (§ 28 Abs 3 erster Fall SMG) gehandelt haben, sondern (bei unveränderter Tatsachengrundlage) auch den zu I.C 1 und 2 festgestellten (von der Urteilsaufhebung unberührt gebliebenen) Sachverhalt als die teilweise im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) verbliebenen Verbrechen nach § 28 Abs 2 zweiter, dritter und vierter Fall SMG zu qualifizieren zu haben. Im erneuerten Verfahren wird das Tatgericht nicht nur tragfähige und formell mängelfrei begründete Feststellungen darüber zu treffen haben, ob (auch) die Angeklagten I\*\*\*\*\* und Z\*\*\*\*\* gewerbsmäßig im Sinne des § 70 StGB (§ 28 Abs 3 erster Fall SMG) gehandelt haben, sondern (bei unveränderter Tatsachengrundlage) auch den zu römisch eins.C 1 und 2 festgestellten (von der Urteilsaufhebung unberührt gebliebenen) Sachverhalt als die teilweise im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) verbliebenen Verbrechen nach § 28 Abs 2 zweiter, dritter und vierter Fall SMG zu qualifizieren zu haben.

Zur Beschwerde des Angeklagten B\*\*\*\*\*:

Die Verfahrensrüge (Z 3) scheitert bereits an der zur Überprüfung des Vorbringens notwendigen deutlichen und bestimmten Bezeichnung jener - unter Protest - verlesenen "Strafanzeige" und "amtlichen Berichte". Die Verfahrensrüge (Z3) scheitert bereits an der zur Überprüfung des Vorbringens notwendigen deutlichen und bestimmten Bezeichnung jener - unter Protest - verlesenen "Strafanzeige" und "amtlichen Berichte".

Unverständlich und daher einer sachlichen Erwiderung unzugänglich ist der daran anschließende Einwand, es gehe nicht an, dass der Urheber eines entscheidenden Protokolls geheimgehalten werde, lediglich von diesem verfasste Strafanzeigen und amtliche Berichte verlesen werden und somit der Angeklagte im Kerngehalt des rechtlichen Gehörs verletzt werde.

Dem Beschwerdestandpunkt zuwider muss der Bericht des Vorgesetzten eines verdeckten Ermittlers über dessen Tätigkeit (das Rechtsmittel spricht von "Polizeibericht") als Urkunde und Schriftstück anderer Art, weil für die Sache - wie im aktuellen Fall - von Bedeutung, gemäß § 252 Abs 2 StPO verlesen werden, wenn - wie hier geschehen - nicht beide Teile (also auch der Staatsanwalt) darauf verzichten. Von einer Umgehung des Verlesungsverbotes (§ 252 Abs 4 StPO) kann durch die Vernehmung "der übrigen Kriminalbeamten als Zeugen vom Hörensagen" (offenbar gemeint: CI Franz B\*\*\*\*\* [S 238 ff, 359 ff/III] sowie Bezirksinspektor J. Wolfgang K\*\*\*\*\* S 232 ff/III und Gerold N\*\*\*\*\* S 383 f/III), deren gerichtliche Aussagen in der Hauptverhandlung am 1. August 2001 gemäß § 252 Abs 1 Z 1 StPO einvernehmlich verlesen (S 392 unten f/III) und damit zum Verfahrensbestandteil wurden, keine Rede sein. Im Übrigen hat der Rechtsmittelwerber seine maßgebende Beteiligung an den ihn belastenden Suchtgiftdelikten eingestanden (S 208 ff,

358 und 382/III), sodass - entgegen der insoweit aktenwidrig argumentierenden Beschwerde - auch unzweifelhaft erkennbar ist, dass die (zu Unrecht) behauptete Formverletzung keinen dem Angeklagten nachteiligen Einfluss üben konnte (§ 281 Abs 3 StPO). Dem Beschwerdestandpunkt zuwider muss der Bericht des Vorgesetzten eines verdeckten Ermittlers über dessen Tätigkeit (das Rechtsmittel spricht von "Polizeibericht") als Urkunde und Schriftstück anderer Art, weil für die Sache - wie im aktuellen Fall - von Bedeutung, gemäß § 252 Abs 2 StPO verlesen werden, wenn - wie hier geschehen - nicht beide Teile (also auch der Staatsanwalt) darauf verzichten. Von einer Umgehung des Verlesungsverbotes (§ 252 Abs 4 StPO) kann durch die Vernehmung "der übrigen Kriminalbeamten als Zeugen vom Hörensagen" (offenbar gemeint: CI Franz B\*\*\*\*\* [S 238 ff, 359 ff/III] sowie Bezirksinspektor J. Wolfgang K\*\*\*\*\* S 232 ff/III und Gerold N\*\*\*\*\* S 383 f/III), deren gerichtliche Aussagen in der Hauptverhandlung am 1. August 2001 gemäß § 252 Abs 1 Z 1 StPO einvernehmlich verlesen (S 392 unten f/III) und damit zum Verfahrensbestandteil wurden, keine Rede sein. Im Übrigen hat der Rechtsmittelwerber seine maßgebende Beteiligung an den ihn belastenden Suchtgiftdelikten eingestanden (S 208 ff, 358 und 382/III), sodass - entgegen der insoweit aktenwidrig argumentierenden Beschwerde - auch unzweifelhaft erkennbar ist, dass die (zu Unrecht) behauptete Formverletzung keinen dem Angeklagten nachteiligen Einfluss üben konnte (§ 281 Abs 3 StPO).

Durch die - abermals nur pauschal und entgegen der zwingenden Vorschrift des § 238 Abs 2 StPO ohne dem Hauptverhandlungsprotokoll zu entnehmende Begründung erfolgte - Abweisung des Antrages auf neuerliche Ladung und Vernehmung des Kujtim B\*\*\*\*\* sowie des bekanntzugebenden verdeckten Ermittlers (S 385 und 387/III iVm US 22 zweiter Absatz und US 22 f) wurden Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers nicht verkürzt (Z 4). Durch die - abermals nur pauschal und entgegen der zwingenden Vorschrift des § 238 Abs 2 StPO ohne dem Hauptverhandlungsprotokoll zu entnehmende Begründung erfolgte - Abweisung des Antrages auf neuerliche Ladung und Vernehmung des Kujtim B\*\*\*\*\* sowie des bekanntzugebenden verdeckten Ermittlers (S 385 und 387/III in Verbindung mit US 22 zweiter Absatz und US 22 f) wurden Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers nicht verkürzt (Z4).

Die Verfahrensrüge bekämpft nämlich bloß undurchführbare Beweise (vgl Mayerhofer aaO § 281 Z 4 E 102b, 104, 109b); Die Verfahrensrüge bekämpft nämlich bloß undurchführbare Beweise vergleiche Mayerhofer aaO § 281 Z 4 E 102b, 104, 109b):

Kujtim B\*\*\*\*\* ist nach der Aktenlage unbekannten Aufenthaltes (S 3w verso/I, ON 210/III iVm US 22 dritter Absatz). Auch der Rechtsmittelwerber vermochte in erster Instanz keine ladungsfähige Anschrift dieses Zeugen anzugeben. Kujtim B\*\*\*\*\* ist nach der Aktenlage unbekannten Aufenthaltes (S 3w verso/I, ON 210/III in Verbindung mit US 22 dritter Absatz). Auch der Rechtsmittelwerber vermochte in erster Instanz keine ladungsfähige Anschrift dieses Zeugen anzugeben.

Die Identität des verdeckten Ermittlers hinwieder wurde von der Verwaltungsbehörde nicht bekanntgegeben (S 360 und 361 iVm ON 209/III). Die Identität des verdeckten Ermittlers hinwieder wurde von der Verwaltungsbehörde nicht bekanntgegeben (S 360 und 361 in Verbindung mit ON 209/III).

Abgesehen davon, dass die Parteien des Strafverfahrens kein subjektives Recht auf die Preisgabe der Identität einer solcherart geheimgehaltenen Person haben (12 Os 87/00, 15 Os 139, 140/00), betrifft das unter Beweis gestellte Tatmotiv des Beschwerdeführers, er sei dem Drängen der beiden Zeugen zur Lieferung von Drogen nur deshalb nachgekommen, weil seine Ehegattin schwer erkrankt war, keine entscheidende Tatsache (EvBl 1972/17). Zufolge des umfassenden Eingeständnisses, (als Vermittler in dieser Suchtgiftsache tätig gewesen zu sein und dies deshalb gemacht zu haben, weil er Suchtgift verkaufen und Geld verdienen wollte, S 169ff/I, 209 ff, 358, 382/III), das durch belastende objektive Beweise (zB S 87 ff/I, S 315 ff/II und S 229/III) erhärtet wird, wäre der Nichtigkeitswerber verpflichtet gewesen, schon im Verfahren erster Instanz und nicht erst im Rechtsmittel, somit prozessual verspätet und dort weitgehend nur mit spekulativen Beweiswerterwägungen, konkrete Gründe für realistische Erfolgsaussichten seiner Entlastung durch die beantragten Zeugenvernehmungen anzugeben.

Der Mängelrüge (Z 5) ist zwar zuzugeben, dass in den Gründen die Beweise nicht einzeln bezeichnet sind, auf welche das Erstgericht den Schulterspruch I A2a stützt. Dem Gebot des § 270 Abs 2 Z 5 StPO wird jedoch insoweit Genüge getan, als in der Einleitung der Beweiswürdigung generell ua auf die umfassenden Erhebungen der Exekutive im Zusammenhang mit den Angaben der Angeklagten verwiesen und damit die bezügliche Beweisgrundlage dargetan wird (US 18 dritter Absatz).

Die zu unrecht als unbegründet kritisierte Feststellung findet ihre zureichende beweismäßige Deckung in den korrespondierenden Verantwortungen des Beschwerdeführers (er habe im November 1999 allein 10 kg Cannabis von Italien nach Österreich geschmuggelt, weil er es verkaufen und Geld verdienen wollte – S 209/III) und des Angeklagten S\*\*\*\*\* (er habe von B\*\*\*\*\* aus dieser Lieferung 2 kg Cannabiskraut bekommen und am 24. bzw 25. November an S\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* verkauft – S 407 ff/I und S 216 f/III). Daraus erhellt, dass der Nichtigkeitswerber die tatsächlich 2 kg Cannabiskraut bereits durch die Übergabe an S\*\*\*\*\* in Verkehr gesetzt hat. Dass S\*\*\*\*\* diese Mengen in der Folge allein (auf Kommissionsbasis) weitergegeben hat, ist daher für die Schuldfrage nicht weiter von Bedeutung. Dies wird von der Beschwerde schlichtweg übergangen und somit auch das Wesen des Inverkehrsetzens verkannt. Daran vermögen auch die im Rechtsmittel isoliert hervorgehobenen anderen Aussagedetails der Angeklagten S\*\*\*\*\* und B\*\*\*\*\* sowie der Zeugen S\*\*\*\*\* und S\*\*\*\*\* nichts zu ändern.

Der wiederholt ins Treffen geführte Beschwerdeeinwand, B\*\*\*\*\* sei keinesfalls tatgeneigt gewesen, sondern nur vom Lockspitzel B\*\*\*\*\* offenbar über Veranlassung des verdeckten Ermittlers dazu provoziert und angestiftet worden, zunächst 10 kg, dann 100 kg Cannabiskraut nach Österreich zu bringen, widerspricht der Aktenlage (und wäre des Weiteren auch als unzulässige Neuerung unbeachtlich). Lediglich dem Beweisantrag (S 385/III) wird diese durch kein Beweisergebnis gestützte Hypothese zugrunde gelegt. In der detaillierten Verantwortung vor der Sicherheitsbehörde (S 163, 169 bis 179/I) und in den damit weitgehend übereinstimmenden Einlassungen in der Hauptverhandlung (S 209 bis 215/III) schildert der Nichtigkeitswerber ein völlig anderes Bild des Tatgeschehens, welches durch seine Initiative in die Wege geleitet und durch seine aktive Rolle (wenn auch mit Unterstützung anderer) zum Teil erfolgreich beendet wurde, zum Teil nur durch den Zugriff der Suchtgiftfahnder gescheitert ist.

Der selektive Verweis auf den polizeilichen Aktenvermerk vom 26. November 1999 (S 87/I), wonach es sich beim Beschwerdeführer offenbar nur um ein "kleineres Rädchen" in dieser Drogenverbindung handle, lässt unerwähnt, dass der Beschwerdeführer nach Abschluss der Erhebungen in der Polizeianzeige sogar als "Kopf" der Tätergruppe bezeichnet wurde (S 11/I). Das zitierte Aktenstück bedurfte daher ebenso wie die in der Hauptverhandlung vorgelegten drei Urkunden (erliegend in der Beilagenmappe Band III) keiner Erörterung in den Gründen, weil sie der wiederholt eingestandenen Beteiligung an den urteilsgegenständlichen Suchtgiftstraftaten nicht entgegenstehen. Der Beschwerde zuwider wurde die Aussage der Zeugin Aloisia K\*\*\*\*\* im Urteil verwertet (US 23 dritter Absatz), demnach keineswegs mit Stillschweigen übergangen. Inwiefern sich aus "diesen Beweisergebnissen" ergeben soll, dass der Angeklagte B\*\*\*\*\* "keinesfalls tatgeneigt war", ist nicht nachvollziehbar. Der selektive Verweis auf den polizeilichen Aktenvermerk vom 26. November 1999 (S 87/I), wonach es sich beim Beschwerdeführer offenbar nur um ein "kleineres Rädchen" in dieser Drogenverbindung handle, lässt unerwähnt, dass der Beschwerdeführer nach Abschluss der Erhebungen in der Polizeianzeige sogar als "Kopf" der Tätergruppe bezeichnet wurde (S 11/I). Das zitierte Aktenstück bedurfte daher ebenso wie die in der Hauptverhandlung vorgelegten drei Urkunden (erliegend in der Beilagenmappe Band III) keiner Erörterung in den Gründen, weil sie der wiederholt eingestandenen Beteiligung an den urteilsgegenständlichen Suchtgiftstraftaten nicht entgegenstehen. Der Beschwerde zuwider wurde die Aussage der Zeugin Aloisia K\*\*\*\*\* im Urteil verwertet (US 23 dritter Absatz), demnach keineswegs mit Stillschweigen übergangen. Inwiefern sich aus "diesen Beweisergebnissen" ergeben soll, dass der Angeklagte B\*\*\*\*\* "keinesfalls tatgeneigt war", ist nicht nachvollziehbar.

Die Rechtsrüge (Z 9 [zu ergänzen: lit] b) verfehlt die gesetzmäßige Darstellung des angerufenen materiellen Nichtigkeitsgrundes. Sie geht nämlich nicht vom konstatuierten Tatsachensubstrat aus und weist somit nicht auf dessen Basis die (ihrer Ansicht nach gegebenen) "Festellungsvakui" nach, wodurch das Erstgericht einen "nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes" bewirkenden Strafausschließungsgrund übersehen hat. Dazu führt sie urteilskonträr (US 24 zweiter Absatz) und abermals - wie oben dargelegt - aktenwidrig ins Treffen, B\*\*\*\*\* sei nicht tatgeneigt gewesen, sondern durch den verdeckten Ermittler und durch den Lockspitzel provoziert worden. Zudem leitet sie die begehrte Feststellung beweiswürdigend aus der Aussage des Zeugen Gerold N\*\*\*\*\* ab. Die Rechtsrüge (Z9 [zu ergänzen: lit] b) verfehlt die gesetzmäßige Darstellung des angerufenen materiellen Nichtigkeitsgrundes. Sie geht nämlich nicht vom konstatuierten Tatsachensubstrat aus und weist somit nicht auf dessen Basis die (ihrer Ansicht nach gegebenen) "Festellungsvakui" nach, wodurch das Erstgericht einen "nach der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes" bewirkenden Strafausschließungsgrund übersehen hat. Dazu führt sie urteilskonträr (US 24 zweiter Absatz) und abermals - wie oben dargelegt - aktenwidrig ins Treffen, B\*\*\*\*\* sei nicht tatgeneigt gewesen, sondern durch den verdeckten Ermittler und durch den Lockspitzel provoziert worden. Zudem leitet sie die begehrte Feststellung beweiswürdigend aus der Aussage des Zeugen Gerold N\*\*\*\*\* ab.

Nur Vollständigkeitshalber sei angemerkt, dass selbst eine (vorliegend jedoch nicht erfolgte) Verletzung der Vorschrift des § 25 StPO, die dem Rechtsmittel vorzuschweben scheint, nach herrschender Auffassung (vgl insbesondere EvBl 2000/118 mwN; aM: Fuchs, Verdeckte Ermittler - Anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, S 495 ff) keine materielle Nichtigkeit (hier im Sinne eines Strafaufhebungsgrundes) bewirkt (vgl dazu Foregger/Fabrizy StPO8 § 26 Rz 2 ff) Nur Vollständigkeitshalber sei angemerkt, dass selbst eine (vorliegend jedoch nicht erfolgte) Verletzung der Vorschrift des § 25 StPO, die dem Rechtsmittel vorzuschweben scheint, nach herrschender Auffassung vergleiche insbesondere EvBl 2000/118 mwN; aM: Fuchs, Verdeckte Ermittler - Anonyme Zeugen, ÖJZ 2001, S 495 ff) keine materielle Nichtigkeit (hier im Sinne eines Strafaufhebungsgrundes) bewirkt vergleiche dazu Foregger/Fabrizy StPO8 § 26 Rz 2 ff)

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten B\*\*\*\*\* war daher (zur Gänze) zu verwerfen.

Zur Beschwerde des Angeklagten S\*\*\*\*\*:

Die unter dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 2 StPO aufgezählten Schriftstücke betreffen keine richtigen Vorherhebungs- oder Untersuchungsakte (vgl dazu Foregger/Fabrizy aaO § 281 Rz 32), weshalb die Beschwerde insoweit ins Leere geht. Die unter dem Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 2 StPO aufgezählten Schriftstücke betreffen keine richtigen Vorherhebungs- oder Untersuchungsakte vergleiche dazu Foregger/Fabrizy aaO § 281 Rz 32), weshalb die Beschwerde insoweit ins Leere geht.

Auch unter dem Gesichtspunkt der Z 3 kommt diesem Vorbringen keine Berechtigung zu. Das im Rechtsmittel angesprochene Umgehungsverbot gemäß § 252 Abs 4 StPO erstreckt sich nur auf jene Fälle, in denen nach § 252 Abs 1 StPO eine Verlesung nicht vorgenommen werden darf. Entgegen dem Beschwerdestandpunkt ist der Einsatz verdeckter Fahnder, deren Identität vom Bundesministerium für Inneres nicht preisgegeben wird, sowohl mit der österreichischen Rechtsordnung vereinbar als auch nach der Judikatur der Straßburger Instanzen zulässig, sodass die mit Hilfe verdeckter Ermittler gewonnenen Erhebungsergebnisse auch gerichtlich verwertet werden dürfen. Die abgesondert verfolgten Harald S\*\*\*\*\*, Werner S\*\*\*\*\* und Manfred S\*\*\*\*\* wurden im gegenständlichen Verfahren als Zeugen vernommen (§ 227 bis 230/III) und es wurde damit den Parteien Gelegenheit geboten, sich an deren Vernehmungen zu beteiligen (§ 247 StPO; vgl EvBl 1999/45). Auch unter dem Gesichtspunkt der Z 3 kommt diesem Vorbringen keine Berechtigung zu. Das im Rechtsmittel angesprochene Umgehungsverbot gemäß § 252 Abs 4 StPO erstreckt sich nur auf jene Fälle, in denen nach § 252 Abs 1 StPO eine Verlesung nicht vorgenommen werden darf. Entgegen dem Beschwerdestandpunkt ist der Einsatz verdeckter Fahnder, deren Identität vom Bundesministerium für Inneres nicht preisgegeben wird, sowohl mit der österreichischen Rechtsordnung vereinbar als auch nach der Judikatur der Straßburger Instanzen zulässig, sodass die mit Hilfe verdeckter Ermittler gewonnenen Erhebungsergebnisse auch gerichtlich verwertet werden dürfen. Die abgesondert verfolgten Harald S\*\*\*\*\*, Werner S\*\*\*\*\* und Manfred S\*\*\*\*\* wurden im gegenständlichen Verfahren als Zeugen vernommen (§ 227 bis 230/III) und es wurde damit den Parteien Gelegenheit geboten, sich an deren Vernehmungen zu beteiligen (§ 247 StPO; vergleiche EvBl 1999/45).

Soweit das weitere Beschwerdevorbringen jenem des Angeklagten B\*\*\*\*\* gleicht, genügt es auf die Ausführungen zum Anfechtungspunkt der Z 3 zu verweisen.

Durch die Abweisung des vom Verteidiger in der Hauptverhandlung gestellten Antrages auf Vernehmung des an der gegenständlichen Strafsache beteiligten verdeckten Ermittlers (§ 386 iVm § 387/III) wurden Verteidigungsrechte auch dieses Beschwerdeführers nicht verletzt (Z 4), weil ihm das Urteil - im Gegensatz zur Anklage - die Qualifikation nach § 28 Abs 4 SMG (Mitglied einer Verbindung einer größeren Zahl vom Menschen) nicht anlastet. Durch die Abweisung des vom Verteidiger in der Hauptverhandlung gestellten Antrages auf Vernehmung des an der gegenständlichen Strafsache beteiligten verdeckten Ermittlers (§ 386 in Verbindung mit § 387/III) wurden Verteidigungsrechte auch dieses Beschwerdeführers nicht verletzt (Z 4), weil ihm das Urteil - im Gegensatz zur Anklage - die Qualifikation nach § 28 Abs 4 SMG (Mitglied einer Verbindung einer größeren Zahl vom Menschen) nicht anlastet.

Zur Widerlegung der weiteren Behauptung, B\*\*\*\*\* habe als Lockspitzel des verdeckten Ermittlers den Angeklagten S\*\*\*\*\* aktiv zu strafbaren Handlungen verleitet, welche dieser ohne Handlungen von B\*\*\*\*\* nicht begangen hätte, wäre in erster Instanz konkret zu begründen gewesen, warum - entgegen der umfassenden geständigen Verantwortung des Nichtigkeitswerbers (§ 216 bis 223/III), in der von einer Verleitung durch B\*\*\*\*\* nicht die Rede ist und die durch sicherheitsbehördliche Erhebungen bestätigt wird - die Vernehmung des verdeckten Ermittlers, dessen Identität nicht preisgegeben wurde, das angestrebte Ergebnis erbracht und aus welchen Gründen es den Angeklagten entlastet hätte. Da dies nicht geschehen ist, müssen die weitwendigen Ausführungen im Rechtsmittel, somit prozessual

verspätet vorgebracht, auf sich beruhen, zumal das bloße (hier keineswegs indizierte) "Verleiten" durch einen Dritten auf die Schuldfrage keinen maßgebenden Einfluss gehabt hätte. Daran ändert auch das Vorbringen in der gemäß § 35 Abs 2 StPO zur Stellungnahme des Generalprok�rators abgegebenen Äußerung nichts. Zur Widerlegung der weiteren Behauptung, B\*\*\*\*\* habe als Lockspitzel des verdeckten Ermittlers den Angeklagten S\*\*\*\*\* aktiv zu strafbaren Handlungen verleitet, welche dieser ohne Handlungen von B\*\*\*\*\* nicht begangen hätte, wäre in erster Instanz konkret zu begründen gewesen, warum - entgegen der umfassenden geständigen Verantwortung des Nichtigkeitswerbers (S 216 bis 223/III), in der von einer Verleitung durch B\*\*\*\*\* nicht die Rede ist und die durch sicherheitsbehördliche Erhebungen bestätigt wird - die Vernehmung des verdeckten Ermittlers, dessen Identität nicht preisgegeben wurde, das angestrebte Ergebnis erbracht und aus welchen Gründen es den Angeklagten entlastet hätte. Da dies nicht geschehen ist, müssen die weitwendigen Ausführungen im Rechtsmittel, somit prozessual verspätet vorgebracht, auf sich beruhen, zumal das bloße (hier keineswegs indizierte) "Verleiten" durch einen Dritten auf die Schuldfrage keinen maßgebenden Einfluss gehabt hätte. Daran ändert auch das Vorbringen in der gemäß § 35 Abs 2 StPO zur Stellungnahme des Generalprok�rators abgegebenen Äußerung nichts.

Einem Einwand der Mängelrüge (Z 5) zuwider ist bei verständiger und komplexer Leseart von Schulterspruch I. C2 und Entscheidungsgründen (US 17) dem Urteil deutlich genug zu entnehmen, dass S\*\*\*\*\* am 22. März 2000 dem verdeckten Ermittler 9 kg (exakt: 8,782 kg) Cannabiskraut zu verkaufen trachtete.

Zu Unrecht strebt der Angeklagte in seiner Subsumtionsrüge (Z 10) die Beurteilung der zu Punkt I.A2b des Schulterspruchs festgestellten Tatsachen als bloß versuchtes Suchtgiftverbrechen mit der Begründung an, dass nach "ständiger Judikatur des OGH derartige 'Verkaufsbemühungen' an verdeckte Ermittler lediglich als Versuch zu beurteilen sind". Zu Unrecht strebt der Angeklagte in seiner Subsumtionsrüge (Z10) die Beurteilung der zu Punkt I.A2b des Schulterspruchs festgestellten Tatsachen als bloß versuchtes Suchtgiftverbrechen mit der Begründung an, dass nach "ständiger Judikatur des OGH derartige 'Verkaufsbemühungen' an verdeckte Ermittler lediglich als Versuch zu beurteilen sind".

Denn nach ständiger Rechtsprechung liegt ein Inverkehrsetzen von Suchtgift im Sinn des§ 28 Abs 2 SMG dann vor, wenn ein anderer daran die Verfügungsgewalt erlangt hat. Nichts anders gilt auch im Fall der Übergabe an einen verdeckten Ermittler, wenn das Suchtgift - wie in dem hier aktuellen Fall - bereits in dessen Gewahrsame übergegangen ist (vgl insbesondere 13 Os 17/93 ua mehr). Da nach dem Urteilsfeststellungen im gegenständlichen Fall die tataktuelle Suchtgiftmenge bereits dem Drogenfahnder übergeben worden war und dieser für das erhaltene Suchtgift (in Teilbeträgen) auch die vereinbarte Geldleistung erbracht hatte (US 12), wurde das kritisierte Verhalten rechtsrichtig als vollendetes Delikt beurteilt. Denn nach ständiger Rechtsprechung liegt ein Inverkehrsetzen von Suchtgift im Sinn des § 28 Abs 2 SMG dann vor, wenn ein anderer daran die Verfügungsgewalt erlangt hat. Nichts anders gilt auch im Fall der Übergabe an einen verdeckten Ermittler, wenn das Suchtgift - wie in dem hier aktuellen Fall - bereits in dessen Gewahrsame übergegangen ist vergleiche insbesondere 13 Os 17/93 ua mehr). Da nach dem Urteilsfeststellungen im gegenständlichen Fall die tataktuelle Suchtgiftmenge bereits dem Drogenfahnder übergeben worden war und dieser für das erhaltene Suchtgift (in Teilbeträgen) auch die vereinbarte Geldleistung erbracht hatte (US 12), wurde das kritisierte Verhalten rechtsrichtig als vollendetes Delikt beurteilt.

Im bisherigen Umfang war die Nichtigkeitsbeschwerde daher zu verwerfen.

Zutreffend releviert der Angeklagte S\*\*\*\*\* in der Mängel- (Z5) und Qualifikationsrüge Z 10) auch, dass das angefochtene Urteil im Schulterspruchl. C2 mit dem materiellen Nichtigkeitsgrund der Z 10 behaftet ist. Das Erstgericht hat nämlich auch das den Angeklagten S\*\*\*\*\* betreffende Tatverhalten, welches nach seiner Umschreibung im Urteilsspruch und in den Entscheidungsgründen schon in tatsächlicher Hinsicht nicht über das Versuchsstadium hinausgelangt ist (US 3 und 19 f), rechtsirrig als das (vollendete) Verbrechen nach "§ 28 Abs 3 SMG" beurteilt. Verfehlt ist aber auch die Subsumtion des zu I.A2 des Schulterspruchs festgestellten Sachverhalts. Zutreffend releviert der Angeklagte S\*\*\*\*\* in der Mängel- (Z5) und Qualifikationsrüge (Z10) auch, dass das angefochtene Urteil im Schulterspruchl. C2 mit dem materiellen Nichtigkeitsgrund der Z 10 behaftet ist. Das Erstgericht hat nämlich auch das den Angeklagten S\*\*\*\*\* betreffende Tatverhalten, welches nach seiner Umschreibung im Urteilsspruch und in den Entscheidungsgründen schon in tatsächlicher Hinsicht nicht über das Versuchsstadium hinausgelangt ist (US 3 und 19 f), rechtsirrig als das (vollendete) Verbrechen nach "§ 28 Abs 3 SMG" beurteilt. Verfehlt ist aber auch die Subsumtion des zu römisch eins.A2 des Schulterspruchs festgestellten Sachverhalts.

Insoweit war daher der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten S\*\*\*\*\* teilweise Folge zu geben, das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Unterstellung der im Schulterspruch zu I.A2a und b sowie I.C1 und 2 festgestellten Tatsachen aufzuheben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst zu Recht zu erkennen, dass Jamarber S\*\*\*\*\* hiedurch das teilweise im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) verbliebene Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall und Abs 3 erster Fall SMG begangen hat und hiefür nach § 28 Abs 3 erster Satz SMG zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt wird, auf die gemäß § 38 Abs 1 Z 1 StGB die Vorhaft vom 22. März 2000, 23.15 Uhr, bis 1. August 2001, 12.25 Uhr, anzurechnen war. Insoweit war daher der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten S\*\*\*\*\* teilweise Folge zu geben, das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Unterstellung der im Schulterspruch zu römisch eins.A2a und b sowie römisch eins.C1 und 2 festgestellten Tatsachen aufzuheben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst zu Recht zu erkennen, dass Jamarber S\*\*\*\*\* hiedurch das teilweise im Stadium des Versuchs (§ 15 StGB) verbliebene Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall und Abs 3 erster Fall SMG begangen hat und hiefür nach § 28 Abs 3 erster Satz SMG zu einer Freiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt wird, auf die gemäß § 38 Abs 1 Z 1 StGB die Vorhaft vom 22. März 2000, 23.15 Uhr, bis 1. August 2001, 12.25 Uhr, anzurechnen war.

Bei der Strafbemessung war erschwerend eine einschlägige Vorstrafe und die Wiederholung gleichartiger Taten, mildernd hingegen das reumütige Geständnis und die Tatsache, dass es teilweise beim Versuch geblieben ist.

Die verhängte Sanktion entspricht der personalen Täterschuld des Angeklagten und dem Unrechtsgehalt seiner Straftaten.

Vor allem die mehrfache Wiederholung von bandenähnlich organisierten Suchtgiftverkäufen im Ausmaß von rund 20 kg Cannabiskraut aus reiner Gewinnsucht trotz sozialer Integration des Beschwerdeführers in Österreich (vgl US 7 f) sowie eine (wenn auch längere Zeit zurückliegende, bisher noch nicht vollzogene) Vorstrafe wegen Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 und 3 (§ 81 Z 2) StGB verbieten sowohl aus general- als auch aus spezialpräventiven Gründen die Gewährung einer (in der Berufung beantragten) teilbedingten Strafnachsicht (§ 43a Abs 3 StGB). Vor allem die mehrfache Wiederholung von bandenähnlich organisierten Suchtgiftverkäufen im Ausmaß von rund 20 kg Cannabiskraut aus reiner Gewinnsucht trotz sozialer Integration des Beschwerdeführers in Österreich vergleiche US 7 f) sowie eine (wenn auch längere Zeit zurückliegende, bisher noch nicht vollzogene) Vorstrafe wegen Vergehens der fahrlässigen Körperverletzung nach § 88 Abs 1 und 3 (§ 81 Z 2) StGB verbieten sowohl aus general- als auch aus spezialpräventiven Gründen die Gewährung einer (in der Berufung beantragten) teilbedingten Strafnachsicht (§ 43a Abs 3 StGB).

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

Zur Berufung des Angeklagten B\*\*\*\*\*:

Das Erstgericht verurteilte diesen Angeklagten (ersichtlich: vgl US 25) nach § 28 Abs 4 SMG unter Bedachtnahme auf § 28 Abs 1 StGB zu dreieinhalb Jahren Freiheitsstrafe. Dabei erachtete es als erschwerend die Tatwiederholung (gemeint: das Zusammentreffen verschiedener Verbrechen), als mildernd die Unbescholtenheit, dass Geständnis und die Sicherstellung von 100 kg Suchtgift sowie dass es teilweise beim Versuch des In-Verkehr-Setzens geblieben war. Das Erstgericht verurteilte diesen Angeklagten (ersichtlich: vergleiche US 25) nach § 28 Abs 4 SMG unter Bedachtnahme auf § 28 Abs 1 StGB zu dreieinhalb Jahren Freiheitsstrafe. Dabei erachtete es als erschwerend die Tatwiederholung (gemeint: das Zusammentreffen verschiedener Verbrechen), als mildernd die Unbescholtenheit, dass Geständnis und die Sicherstellung von 100 kg Suchtgift sowie dass es teilweise beim Versuch des In-Verkehr-Setzens geblieben war.

Dagegen richtet sich die Berufung des Angeklagten, mit der er sowohl die Herabsetzung der über ihn verhängten Freiheitsstrafe als auch deren teilbedingte Nachsicht beantragt.

Die Berufung ist unbegründet.

Der zusätzlich reklamierte Milderungsgrund, dass der Angeklagte durch einen Lockspitzel zu den Taten "massiv aufgestachelt und provoziert wurde" bzw die Suchtgiftaktivitäten "nur durch die staatliche Provokation" erfolgten, ist aktenfremd. Das behauptete Motiv (durch Verübung von Suchtgiftverbrechen Geld für die operative Behandlung seiner Frau zu erlangen) ist angesichts des angerichteten und beabsichtigten Schadens für die Gesundheit anderer für eine Strafreduktion ungeeignet. Eine überlange Verfahrensdauer im Sinne des § 34 Abs 2 StGB liegt nach Prüfung der gesamten Aktenlage durch den Obersten Gerichtshof nicht vor. Die vom Tatgericht ausgesprochene Freiheitssprache

von dreieinhalb Jahren ist daher tatschuldangemessen.Der zusätzlich reklamierte Milderungsgrund, dass der Angeklagte durch einen Lockspitzel zu den Taten "massiv aufgestachelt und provoziert wurde" bzw die Suchtgiftaktivitäten "nur durch die staatliche Provokation" erfolgten, ist aktenfremd. Das behauptete Motiv (durch Verübung von Suchtgiftverbrechen Geld für die operative Behandlung seiner Frau zu erlangen) ist angesichts des angerichteten und beabsichtigten S

**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)