

# TE OGH 1985/3/5 100s9/85

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.03.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 5. März 1985 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Friedrich, Dr. Reisenleitner, Dr. Kuch (Berichterstatter) sowie Dr. Massauer als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwälters Dr. Köhl als Schriftführer in der Strafsache gegen Herbert A wegen des Vergehens nach § 16 Abs 1 Z. 1 und 2, Abs 2 SuchtgiftG. über die Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung des Angeklagten Herbert A gegen das Urteil des Kreisgerichtes Steyr als Schöffengericht vom 12. Dezember 1984, GZ 7 a Vr 648/84-25, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokuraors, des Generalanwaltes Dr. Strasser und des Verteidigers Dr. Rogler, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Der Berufung wird Folge gegeben und die Freiheitsstrafe auf 6 (sechs) Monate herabgesetzt.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Herbert A des Vergehens nach § 16 Abs 1 Z. 1 und Z. 2, Abs 2 erster Qualifikationsfall SuchtgiftG. schuldig erkannt. Darnach hat er in der zweiten Hälfte des Jahres 1984 in Steyr und Wien 1./ ein Gramm Kokain und 200 Gramm Cannabisharz - letzteres teilweise, (und zwar) jedenfalls in einer acht Gramm übersteigenden Menge, gewerbsmäßig - unberechtigt erworben und besessen sowie 2./ acht Gramm Cannabisharz und 0,2 Gramm Kokain (aus den zuvor genannten Suchtgiftmengen) dem Bruno (richtig: Rudolf; siehe ON 16) B, der zu deren Bezug nicht berechtigt war, gewerbsmäßig überlassen.

## Rechtliche Beurteilung

Der zu beiden Punkten des Schulterspruchs lediglich gegen die Annahme einer gewerbsmäßigen Tatbegehung (§ 16 Abs 2 erster Qualifikationsfall SuchtgiftG.) gerichteten, auf Z. 5 und (ziffernmäßig) Z. 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten kommt keine Berechtigung zu.

Mit der Rechtsrüge (sachlich Z. 10) vertritt er zu Punkt 1. die Auffassung, in bezug auf den ihm zur Last fallenden Erwerb und Besitz von Suchtgift (§ 16 Abs 1 Z. 2 SuchtgiftG.) sei gewerbsmäßiges Handeln (§ 70 StGB) überhaupt (schon begrifflich) ausgeschlossen und zudem habe es das Erstgericht verabsäumt, im Hinblick auf das Fehlen einer Tatwiederholung Feststellungen darüber zu treffen, ob sein insoweit inkriminiertes Verhalten unter Berücksichtigung von dessen Begleit- und Nebenumständen die für ein gewerbsmäßiges Vorgehen begriffsessentielle Tendenz 'klar, sinnfällig und unmißverständlich' zum Ausdruck bringe; zu Punkt 2. hinwieder vermeint er, das Suchtgift sei von ihm

deswegen an B nicht gewerbsmäßig überlassen worden (§ 16 Abs 1 Z. 1 SuchtgiftG.), weil er daraus, worüber das Urteil gleichfalls keine Feststellungen enthalte, bloß 344 S Gewinn, also keine die Bagatellgrenze übersteigenden (Neben-) Einkünfte bezogen habe. Alle diese Einwände gehen jedoch fehl.

Gewiß setzt die Annahme gewerbsmäßiger Begehung einer bestimmten strafbaren Handlung die Absicht des Täters voraus, sich durch ihre wiederkehrende Verübung, also durch die wiederholte Realisierung von Straftaten desselben Deliktstypus eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen;

dieses (subjektive) Tatbestandsmerkmal wird indessen auch dann verwirklicht, wenn die derart (für längere Zeit) angestrebten (laufenden) Einkünfte zwar nicht sogleich aus den betreffenden (künftigen) Straftaten (als solchen, hier: aus dem jeweiligen Erwerbs- und Besitzvorgang an sich) fließen sollen, wohl aber aus dem mit ihnen einzuleitenden, ihre Begehung als in concreto notwendige Vorphase voraussetzenden Folgeverhalten des Täters (hier: aus dem geplanten Weiterverkauf), mag letzteres (dann) auch seinerseits gesondert strafbar sein und im Hinblick auf die in Rede stehende (diesfalls beide Delikte umfassende) Gesamt-Tendenz ebenfalls gewerbsmäßig begangen werden.

Erstreckt sich daher die Absicht (§ 5 Abs 2 StGB) eines Täters darauf, sich durch den wiederkehrenden Erwerb und Besitz von Suchtgift in Verbindung mit dessen - hier aktuellem - folgendem (Weiter-) Verkauf eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, dann handelt er unabhängig davon, ob sich die geplante (gewerbsmäßige) Überlassung (§ 16 Abs 1 Z. 1 SuchtgiftG.) bis ins Stadium der Strafbarkeit (§ 15 StGB) entwickelt, schon bei der Verwirklichung des Tatbestands nach § 16 Abs 1 Z. 2 SuchtgiftG. jedenfalls gewerbsmäßig; von einer begrifflichen Unvereinbarkeit gewerbsmäßigen Handelns mit einer solcherart auf den Erwerb und Besitz von Suchtgift gerichteten Täter-Absicht kann sohin nicht gesprochen werden.

Gerade ein dahingehendes Vorhaben des Angeklagten nahm aber das Schöffengericht als erwiesen an, indem es feststellte, daß er bereits beim Ankauf der 200 Gramm Cannabisharz in Ansehung des größeren Teiles davon die Absicht hatte, sich 'durch die Wiederholung der Ankäufe, des Besitzes und in der Folge natürlich (des) gewinnbringenden Verkaufes' zur Finanzierung seines Lebensunterhalts und des Ankaufs neuer Drogen eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen.

Diese Konstatierung hinwieder reicht zur Annahme einer gewerbsmäßigen Tendenz des Angeklagten auch für den Fall einer (im Urteil übrigens gar nicht festgestellten) Einmaligkeit des Erwerbs- und Besitzvorgangs vollkommen aus;

von einem rechtlichen Erfordernis gleichsam verstärkter Erkennbarkeit der begriffsessentiellen Täter-Absicht bei bloß einmaliger Tatbegehung, wie es dem Beschwerdeführer vorzuschweben scheint, kann nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes (§ 70 StGB) keine Rede sein. Mit der von ihm relevierten Wendung ist in der Judikatur lediglich auf die in solchen Fällen (im Hinblick auf das Fehlen einer Tatwiederholung als gewichtiges Indiz) besonders aktuelle Notwendigkeit einer sorgfältigen Prüfung aller (übrigen) Umstände hingewiesen worden, die in tatsächlicher Hinsicht einen Rückschluß auf das im gegebenen Zusammenhang interessierende Vorhaben des Täters zulassen; dessen Stichhältnigkeit kann demzufolge nur im Rahmen der Mängelrüge überprüft werden.

In Ansehung der Erzielung von über die sogenannte Bagatellgrenze hinausgehenden Einkünften schließlich kommt es nach der hier maßgebenden Qualifikationsbestimmung nicht darauf an, welche Einnahmen der Täter aus der (oder den) betreffenden Straftat(en) bereits erzielt hat, sondern ausschließlich auf die Höhe jenes Vermögenszuwachses, den er durch deren wiederkehrende Begehung insgesamt zu erzielen beabsichtigt; Feststellungen über die Höhe der durch die inkriminierten Verkäufe (von Cannabisharz und Kokain) schon erzielten Einkünfte waren demnach entbehrlich. Indem die Rechtsrüge insoweit nur auf die Erlöse aus dem Verkauf des Cannabisharzes, nicht aber auch auf jene aus dem - nach den Urteilsfeststellungen gleichfalls in der zuvor beschriebenen (nach dem Erwerb gefaßten) Absicht vorgenommenen - Verkauf des Kokains abgestellt ist, läßt sie zudem eine gesetzmäßige Ausführung vermissen.

Gleiches gilt für den damit zusammenhängenden Versuch des Beschwerdeführers, aus einer (vorgeblichen) Höhe des gesamten Veräußerungserlöses von nur 344 S in faktischer Hinsicht ein Argument dagegen abzuleiten, daß er mit gewerbsmäßiger Tendenz gehandelt habe, sowie für sein auf denselben Effekt abzielendes Bestreben darzutun, daß er eine eher geringe Menge (von rund acht Gramm) Cannabisharz innerhalb eines relativ langen Zeitraums (von etwa drei Monaten) verkauft habe, wobei er den (nach den Entscheidungsgründen nicht genauer feststellbaren) Erwerbszeitpunkt innerhalb des 'Sommers' 1984 willkürlich in den Juli dieses Jahres (vor-) verlegt; der Sache nach ficht er solcherart, ohne formelle Begründungsmängel des Urteils im Sinn des damit reklamierten Nichtigkeitsgrundes (Z. 5) aufzuzeigen, im Verfahren über Nichtigkeitsbeschwerden unzulässigerweise bloß die schöffengerichtliche

Beweiswürdigung an.

Auch sonst ist die Mängelrüge nicht stichhäftig.

Aus den vom Erstgericht im wesentlichen zur Frage der Gewerbsmäßigkeit zutreffend festgestellten Umständen, nämlich dem finanziellen Aufwand des Angeklagten im Vergleich zu den ihm zur Verfügung gestandenen Mitteln und zu seiner Beschäftigungslosigkeit, dem nicht plausibel gemachten Besitz von vier (zum Teil mit Kokainspuren behafteten) Feinwaagen und auch aus seinem Tatverhalten gegenüber B konnte das Erstgericht sehr wohl im Einklang mit den Denkgesetzen sowie mit allgemeiner Lebenserfahrung ableiten, daß er 'vom Drogenhandel lebte' und dementsprechend (auch) beim Erwerb, Besitz und Verkauf des Cannabisharzes gleichwie beim Verkauf des Kokains mit der Absicht handelte, sich durch die wiederkehrende Begehung derartiger Straftaten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Mit seinen dagegen erhobenen, teils auch auf die 'Gewichtung' einzelner Umstände abgestellten Beschwerdeeinwänden unternimmt er neuerlich nur einen unzulässigen Angriff gegen die erstinstanzliche Beweiswürdigung; soweit er aber darauf abstellt, daß das Urteil für die Annahme seiner in Rede stehenden Absicht keine 'über die Fakten B hinausgehenden' Gründe anführe, daß der aus den Suchtgiftverkäufen an den Genannten erzielte Verdienst allein die bekämpfte Feststellung nicht zu begründen vermöge und daß die Art der Tatausführung keinesfalls 'eine solche Absichtlichkeit zwangsläufig indiziere', bringt er auch den nunmehr geltend gemachten Nichtigkeitsgrund nicht zu prozeßordnungsgemäßer Darstellung, weil er nicht vom tatsächlichen Inhalt der Entscheidungsgründe ausgeht. Wesentliche (und damit erörterungsbedürftige) Verfahrensergebnisse hinwieder hat das Schöffengericht bei der in Rede stehenden Konstatierung durch die Nichterwähnung jener Aussagen einiger Zeugen, wonach er ihnen nie Suchtgift zum Kauf angeboten habe, und der Aussage des Zeugen B in der Hauptverhandlung (S. 204), wonach er von sich aus den Angeklagten um die Veräußerung von Suchtgift ersucht habe, nicht übergegangen.

Desgleichen ist den Angaben des Zeugen C im Vorverfahren (S. 99 f.) - mit denen er lediglich bekundete, der Beschwerdeführer sei für seinen Lebensunterhalt 'angeblich' durch den An- und Verkauf von Antiquitäten aufgekommen, ohne daß er konkrete Geschäfte dieser Art mit 'Mike' E\*\*\* zu bestätigen vermochte - keineswegs zu entnehmen, daß jenem die Bestreitung des Lebensunterhalts durch den Angeklagten aus einem Antiquitätenhandel 'bekannt' gewesen sei; mit dieser Darstellung mußte sich daher das Erstgericht im Interesse einer Beschränkung der Urteilsgründe auf das Wesentliche (§ 270 Abs 2 Z. 5 StPO) nicht auseinandersetzen, als es, gestützt auf die Angaben des Zeugen D (S. 105 f., 201-203) und auf weitere Polizeierhebungen (S. 57, 107), als erwiesen annahm, daß der Beschwerdeführer im Tatzeitraum - von einem einmaligen Uhrenverkauf abgesehen - aus dem Antiquitätenhandel kein Einkommen erzielt hat. Dessen Einwände gegen die Auswertung der zuletzt relevierten Zeugenaussage erweisen sich abermals nur als eine unzulässige Bekämpfung der schöffengerichtlichen Beweiswürdigung. Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Das Schöffengericht verhängte über den Angeklagten nach dem zweiten Strafsatz des § 16 Abs 2 SuchtgiftG. eine Freiheitsstrafe in der Dauer von zehn Monaten. Es wertete bei der Strafbemessung als erschwerend die einschlägigen Vorstrafen und die mehrfache Begehungsform des Vergehens, als mildernd 'ein geringfügiges, für die Bewertung fast unerhebliches' Geständnis.

Mit seiner Berufung begehrte der Angeklagte eine Herabsetzung der Freiheitsstrafe. Dieses Rechtsmittel erweist sich als berechtigt.

Die erstrichterlichen Strafbemessungsgründe bedürfen insofern einer Korrektur, als der Erschwerungsgrund der 'einschlägigen Vorstrafen' zu entfallen hat. Auf Grund einer durch den Obersten Gerichtshof beim Bezirksgericht Steyr eingeholten Auskunft hat der Angeklagte die im Verfahren 4 U 1319/72 dieses Gerichtes - nach erfolgtem Widerruf der ursprünglich gewährten bedingten Strafnachsicht - über ihn verhängte Freiheitsstrafe in der Dauer von 3 Tagen am 18.November 1974 angetreten (und demnach drei Tage später verbüßt). Gemäß § 1 Abs 1, 2 Abs 1 und Abs 2, 3 Abs 1 und 4 Abs 1

bis Abs 3 TilgungsG. 1972 sind sämtliche in der Strafreigisterauskunft hinsichtlich Herbert A ersichtlich nur wegen der Unvollständigkeit der Eintragungen im Strafreigister noch aufscheinenden Verurteilungen (S. 65) (nicht bloß tilgbar, sondern - siehe § 1 Abs 1 TilgungsG.) mit Ablauf der Tilgungsfrist ex lege getilgt. Dieser Umstand kommt dem Angeklagten daher als weiterer Milderungsgrund zugute (vgl. § 1 Abs 2 TilgungsG.), mag auch sein Lebenswandel

angesichts der oben festgestellten Bestreitung des Unterhaltes im wesentlichen aus dem Drogenhandel keineswegs als ordentlich im Sinne des § 34 Z. 2 (erste Komponente) zu bezeichnen geeignet sein (vgl. Leukauf-Steininger 2 , RN. 6 - am Ende - zu § 34 StGB). Unter sorgfältiger Abwägung der sohin zum Vorteil des Angeklagten berichtigten Strafbemessungsgründe erweist sich eine Freiheitsstrafe in der Dauer von sechs Monaten als tätergerecht und schuldangemessen.

Den Erfordernissen einer wirksamen Bekämpfung des Suchtgiftmißbrauches Rechnung tragend ist der Oberste Gerichtshof der Ansicht, daß vorliegend über den Angeklagten keine andere als eine Freiheitsstrafe zu verhängen (und auch tatsächlich zu vollziehen) ist. Demnach kam die Anwendung des § 37 Abs 1 StGB, deren Voraussetzungen angesichts des nunmehrigen Vorliegens einer sechs Monate nicht übersteigenden Freiheitsstrafe nach dieser Gesetzesstelle von Amts wegen zu prüfen waren, in diesem Verfahren von vornherein nicht in Betracht.

Die Kostenentscheidung fußt auf der bezogenen Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E05353

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0100OS00009.85.0305.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850305\_OGH0002\_0100OS00009\_8500000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)