

# TE OGH 1982/2/10 11Os188/81

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.02.1982

## **Kopf**

Der Oberste Gerichtshof hat am 10. Februar 1982

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Piska, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, Dr. Walenta, Dr. Schneider und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwälters Dr. Payrhuber als Schriftführers in der Strafsache gegen El Taher A u.a. wegen des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 SuchtgiftG., § 15 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die von den Angeklagten El Taher A, Kurt B und Adel Ali C gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengerichtes vom 16. Juni 1981, GZ. 6 e Vr 3.849/81-89, erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrates des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta, der Ausführungen der Verteidiger Dr. Bernhauser, Dr. Doczekal und Dr. Grois sowie der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwaltes Dr. Tschulik, zu Recht erkannt:

## **Spruch**

Den Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten Kurt B und Adel Ali C wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, a) im Ausspruch, der Angeklagte Adel Ali C habe das Verbrechen nach dem § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. und dem § 15 StGB als Mitglied einer Bande und gewerbsmäßig begangen, b) im Schulterspruch des Angeklagten Kurt B laut dem Punkt I. 1. A b des Urteilsspruches, c) in den Schultersprüchen sämtlicher Angeklagter wegen des Finanzvergehens der Abgabenehmerei (Punkt II. des Urteilsspruches), hinsichtlich der Angeklagten El Taher A und Kurt B aus Anlaß der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden von Amts wegen gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO, und demgemäß auch in sämtlichen die Angeklagten Kurt B und Adel Ali C betreffenden Strafaussprüchen (nach dem Suchtgiftgesetz - wovon der Verfallsausspruch nach dem § 12 Abs. 3 SuchtgiftG. unberührt bleibt - und dem Finanzstrafgesetz), sowie im Ausspruch über die Verhängung einer Geldstrafe gemäß dem § 37 Abs. 2

FinStrG. und gemäß dem § 289 StPO im Ausspruch einer Verfallsersatzstrafe gemäß dem § 12 Abs. 4 SuchtgiftG. über den Angeklagten El Taher A aufgehoben und die Sache zur nochmaligen Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten El Taher A wird zur Gänze, jene der Angeklagten Kurt B und Adel Ali C werden im übrigen verworfen.

Der Berufung des Angeklagten El Taher A wird dahin Folge gegeben, daß die verhängte Freiheitsstrafe auf 3 (drei) Jahre herabgesetzt wird.

Die Angeklagten Kurt B und Adel Ali C werden mit ihren Berufungen auf diese Entscheidung verwiesen.

Gemäß dem § 390 a StPO fallen dem Angeklagten El Taher A auch die ihn betreffenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 18. April 1954 geborene ägyptische Student El Taher A, der am 24. Oktober 1932 geborene kaufmännische Angestellte Kurt B, ein österreichischer Staatsbürger, und der am 8. März 1952 geborene syrische Student Adel Ali C des Verbrechens nach dem § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. und dem § 15 StGB, zum Teil als Beteiligte, der Angeklagte C auch in der Begehungsform (nach dem 2. Fall des § 12 Abs. 1 SuchtgiftG.) der Banden- und Gewerbsmäßigkeit (Punkt I. des Urteilsspruches), und des Finanzvergehens der Abgabenhehlerei nach dem § 37 Abs. 1 lit. a FinStrG., der Angeklagte C auch nach dem § 38 Abs. 1 lit. a FinStrG. (Punkt II. des Urteilsspruches) schuldig erkannt und zu Freiheits-, Geld- und Verfallsersatzstrafen verurteilt.

Von sämtlichen Angeklagten wird dieses Urteil mit Nichtigkeitsbeschwerden angefochten.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten El Taher A:

Der genannte Angeklagte bekämpft das Urteil unter Anrufung der Nichtigkeitsgründe des § 281 Abs. 1 Z. 5

('a') und 9 lit. a StPO der Sache nach bzw. ausdrücklich nur im Schulterspruch laut Punkt I. 1. C, demzufolge er das Verbrechen nach dem § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. und dem § 15 StGB auch dadurch beging, daß er im Jänner 1981

mit dem Mitangeklagten Kurt B zirka 82 Gramm Heroin an Unbekannte verkaufte.

Die Begründung der diesem Schulterspruch zugrundeliegenden Feststellung, die bezügliche Suchtgiftmenge gemeinsam mit Kurt B portioniert zu haben, bezeichnet der Beschwerdeführer im Sinn des erstbezeichneten Nichtigkeitsgrundes als nur offenbar unzureichend, mit sich selbst im Widerspruch stehend und im Hinblick auf die stillschweigende Übergehung seiner gegenteiligen Verantwortung unvollständig. Außerdem hält er den Schulterspruch für rechtlich verfehlt (§ 281 Abs. 1 Z. 9 lit. a StPO), weil weder das bloße Portionieren des Suchtgiftes selbst, noch seine Anwesenheit hiebei als sonstiger Tatbeitrag im Sinn des dritten Falls des § 12 SuchtgiftG. gewertet werden könne.

## Rechtliche Beurteilung

In beiden Richtungen versagt die Beschwerde.

Nach den Urteilsannahmen wurden im Jänner 1981

130 Gramm Heroin im Auftrag des Angeklagten B von Jugoslawien nach Österreich geschmuggelt, mit Hilfe des Angeklagten A von Klagenfurt nach Wien in die Wohnung des B geschafft und dort zum Zweck des anschließenden Weiterverkaufes gelagert, hievon sodann zunächst je 10 Gramm Heroin vom Angeklagten A (mit Zustimmung B) an Kurt D und Rudolf E zwecks Weiterverkaufs übergeben, die restliche Suchtgiftmenge, von der im Zug der Erhebungen noch 28 Gramm sichergestellt werden konnten, jedoch mit Milchzucker gestreckt und von B oder A 'im Einverständnis mit dem anderen' an unbekannte Personen verkauft (vgl. Band II, S. 313 f.d.A.). Das Erstgericht ging demnach, durch die Verantwortung des Angeklagten A gedeckt (vgl. Band I, S. 269, Band II, S. 254 d.A.), davon aus, daß A und B beim Inverkehrsetzen des genannten Suchtgifts bewußt und gewollt zusammenwirkten, indem sie es für die alsbaldige Weitergabe an einen größeren Personenkreis in der Wohnung des B bereithielten (vgl. Band II, S. 324 ff.d.A.). Ob der Angeklagte A darüber hinaus am Portionieren und am Verteilungsvorgang selbst aktiv mitwirkte oder, wie er in der Hauptverhandlung behauptete, beim Abwägen des Suchtgiftes und Mischen mit Milchzucker bloß anwesend war und es, in Säckchen abgefüllt, in dem hiefür vorgesehenen Abstellraum verwahrte (vgl. Band II, S. 254 f.d.A.), ist - so gesehen - nicht entscheidungswesentlich; genug daran, daß er auch in diesen Phasen des Geschehens vom Vorsatz geleitet war, daß das von ihm und B verkaufsbereit gehaltene Suchtgift, wie zwischen ihnen vereinbart, in kleinen Mengen an einen größeren Abnehmerkreis abgegeben werden sollte. Der vom Beschwerdeführer relevierte, lediglich die Frage seiner tätigen Mithilfe bei der Portionierung des Suchtgiftes berührende formale Begründungsmangel betrifft daher keine entscheidende Tatsache.

In rechtlicher Hinsicht verkennt der Angeklagte A, daß nach der ständigen Judikatur des Obersten Gerichtshofes bei Beteiligung mehrerer an einem Delikt nicht jeder Beteiligte das gesamte Tatbild verwirklichen muß und als 'sonstiger Tatbeitrag', der ein Tätigwerden in der Ausführungsphase des Deliktes nicht erfordert, jede die Tatsaufführung fördernde und mit ihr in ursächlichem Zusammenhang stehende (physische oder psychische) Hilfeleistung zu werten ist. Diesen Voraussetzungen entspricht aber das festgestellte Tatverhalten des Angeklagten A beim Inverkehrsetzen

auch der in Rede stehenden 82 Gramm Heroin an Unbekannte ohne Rücksicht darauf, ob er den Mitangeklagten B beim Portionieren des Suchtgiftes physisch unterstützte oder selbst am Suchtgiftverkauf unmittelbar mitwirkte. Dem bekämpften Schulterspruch haftet sohin auch Nichtigkeit gemäß der Z. 9 lit. a des § 281 Abs. 1 StPO nicht an.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Kurt B:

Von diesem Beschwerdeführer werden ausdrücklich die Nichtigkeitsgründe der Z. 3, 5, 8, 9 lit. a, 9 lit. b und 10, der Sache nach auch jener der Z. 7 des § 281 Abs. 1

StPO geltend gemacht.

Dem aus dem erstgenannten Nichtigkeitsgrund erhobenen Vorwurf eines Verstoßes gegen die Vorschrift des § 250 Abs. 1 StPO, weil ihm nicht die Angaben des (in seiner Abwesenheit) gesondert vernommenen Mitangeklagten A vorgehalten worden seien, ist schon durch den Berichtigungsbeschuß vom 30. Oktober 1981, Band II, ON. 112 d.A., mit welchem das Hauptverhandlungsprotokoll in diesem Punkt berichtigt bzw. ergänzt wurde, der Boden entzogen.

Mit Beziehung auf den Nichtigkeitsgrund der Z. 5

des § 281 Abs. 1 StPO bezeichnet der Angeklagte B das Urteil als in sämtlichen ihn betreffenden Schultersprüchen mangelhaft begründet. Soweit er sich gegen seinen Schulterspruch laut dem Punkt I. 1. A b des Urteilssatzes wendet, kommt seiner Mängelrügen Berechtigung zu:

Nach den bezüglichen Urteilsfeststellungen wurden von dem Suchtgiftvorrat von 100 Gramm Heroin, der nach einigen vergeblichen Verkaufsversuchen dem gesondert verfolgten Mostafa F zurückgestellt worden war, dem Kurt D und dem Rudolf E je 25 Gramm, jeweils in drei Teilmengen, je zweimal vom Angeklagten A und je einmal vom Angeklagten C (auf Grund eines zwischen diesen beiden bestehenden Einverständnisses), übergeben. Konstatierungen darüber, daß auch der Angeklagte B hiebei im einverständlichen Zusammenwirken mit A und C tätig geworden wäre, beim Abschluß dieser Suchtgiftgeschäfte mitgewirkt oder dazu sonstwie fördernd beigetragen hätte, traf das Erstgericht nicht (vgl. Band II, S. 310 ff. d.A.). Inwieweit die vom Angeklagten C und vom gesondert verfolgten Mostafa F zunächst abgelehnte Vereinbarung zwischen dem Angeklagten B und Kurt D, letzterer solle seine aus dem vorangegangenen Bezug von 100 Gramm Heroin resultierende Schuld durch weitere Heroinverkäufe abdecken, in einem ursächlichen Zusammenhang mit der Tat, wie sie sich in der Folge tatsächlich abspielte, steht, ist den Entscheidungsgründen nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen.

In diesem Umfang erweist sich daher eine Urteilsaufhebung und Verfahrenserneuerung als unerlässlich.

Im übrigen schlägt die Mängelrügen des Angeklagten B nicht durch: Zum Urteilsfaktum I. 1. A a stellte das Erstgericht, gestützt auf das Geständnis des Mitangeklagten A, die Aussage der Brigitte G vor dem Untersuchungsrichter und die Angaben des Kurt D vor der Polizei und vor dem Untersuchungsrichter, sohin mit zureichender Begründung, fest, daß der Angeklagte B seiner vom Schöffensenat für widerlegt erachteten Verantwortung zuwider beim Inverkehrsetzen von 100 Gramm Heroin an Kurt D im November 1980 in der Weise tätig wurde, daß er, wie er bei seiner polizeilichen Vernehmung im wesentlichen auch selbst zugab (vgl. Band I, S. 117 ff. d. A.), unter Mithilfe seiner Tochter Brigitte G die Verbindung zu Kurt D herstellte, sodann bei den Verkaufsgesprächen in Kenntnis des beabsichtigten Vorhabens anwesend war und A mithin (trotz seiner Alkoholisierung bewußt) im Tatentschluß bestärkte. Wie das Erstgericht richtig erkannte, steht der Annahme eines solcherart zwischen dem Tatbeitrag des Beschwerdeführers und der Tatsachenausführung bestehenden Ursachenzusammenhanges nicht entgegen, daß die tatsächliche Übergabe des Suchtgiftes an Kurt D trotz der Warnung des B, das Suchtgift vor Bezahlung des vereinbarten Kaufpreises aus der Hand zu geben, in der Weise geschah, daß sie vom Beschwerdeführer unbeobachtet blieb.

Den weiteren - gleichfalls im Geständnis des Mitangeklagten A Deckung findenden - Urteilsannahmen zufolge war der Angeklagte B an der Organisation des Schmuggeltransports jener 130 Gramm Heroin nach Wien maßgeblich beteiligt, welche mit seinem Wissen in seine Wohnung geschafft, dort unter seiner Mitwirkung portioniert und - in welchem Zimmer immer - zum Zweck eines alsbaldigen Weiterverkaufes aufbewahrt wurden (vgl. Band II, S. 312 ff., 324 f.d.A.). Er leistete damit auch einen Tatbeitrag zum Inverkehrsetzen des unter seiner Beteiligung angeschafften und mit seinem Einverständnis verkaufsbereit gehaltenen Suchtgiftes sowohl in Ansehung der an Kurt D und Rudolf E zu je 10 Gramm weitergegebenen Herointeilmengen (Punkt I. 1. B des Urteils), als auch in bezug auf die 82 Gramm Heroin - die Anführung von nur 22 Gramm im Urteilstext der dem Beschwerdeführer zugekommenen Urteilsausfertigung beruht offensichtlich auf einem Schreibfehler - an unbekannte Abnehmer (Punkt I. 1. C des Urteils), ohne daß es darauf

ankommt, ob und in welchem Umfang er auch die einzelnen Suchtgiftverkäufe jeweils unmittelbar selbst veranlaßte oder durchführte. Mit der Behauptung, es sei aus dem Ersturteil nicht eindeutig erkennbar, worin seine Tatbeteiligung in diesen Fällen bestanden habe, vermag der Angeklagte B in diesem Zusammenhang folglich weder einen Begründungsmangel, noch (worauf die Beschwerde der Sache nach gleichfalls abzielt) einen auf unrichtiger Gesetzesauslegung beruhenden Feststellungsmangel im Sinn der Z. 9 lit. a des § 281 Abs. 1

StPO aufzuzeigen.

Daß 82 Gramm der in der Wohnung des Angeklagten B bereitgehaltenen 130 Gramm Heroin - entsprechend dem gemeinsamen Tatplan der Angeklagten A und B -

tatsächlich an einen unbekannten Abnehmerkreis in Teilmengen abgegeben wurden, konnte das Erstgericht schlüssig aus dem Umstand ableiten, daß von der ausschließlich zum Weiterverkauf bestimmten Suchtgiftmenge nur noch eine Restmenge von 28 Gramm sichergestellt wurde; andere Möglichkeiten eines Abhandenkommens von Suchtgift mußten bei der gegebenen Sachlage nicht in Betracht gezogen werden. Soweit aber die Verlässlichkeit des Geständnisses des Mitangeklagten A und der übrigen als Feststellungsgrundlage herangezogenen Beweismittel, mit denen sich das Schöffengericht - wie insbesondere auch mit der Zeugenaussage des Manfred H - eingehend auseinandersetzt, in Zweifel gezogen wird, ficht der Angeklagte B in einer im Nichtigkeitsverfahren unzulässigen und daher unbeachtlichen Weise lediglich die Beweiswürdigung an, ohne dem Erstgericht in diesem Zusammenhang unterlaufene formelle Begründungsmängel in der Bedeutung der Z. 5 des § 281 Abs. 1 StPO hinsichtlich der Schulterspruchfakten I. 1. A a, B und C sowie I. 2. a und II. dartun zu können.

Feststellungen darüber, ob und welche Vorteile der Angeklagte B aus dem unter seiner Beteiligung betriebenen Suchtgifthandel zog, bedurfte es - entgegen seinen insoweit einen Feststellungsmangel (§ 281 Abs. 1 Z. 9 lit. a StPO) relevierenden Beschwerdeausführungen - nicht, weil Bereicherung weder für das Delikt nach dem § 12 Abs. 1 SuchtgiftG., noch für das Finanzvergehen der Abgabenhehlerei wesentlich ist und ihm gewerbsmäßige Tatbegehung nicht angelastet wird.

Keine dem Beschwerdeführer zum Nachteil gereichende Nichtigkeit (im Sinn des § 281 Abs. 1 Z. 7 StPO) stellt es dar, wenn das Erstgericht bezüglich der in der Wohnung des Angeklagten C sichergestellten 300 Gramm Heroin, deren Bereithalten zum Weiterverkauf in der Anklageschrift auch dem Angeklagten B (und dem Angeklagten A) angelastet worden war, im Urteil jedoch nur dem Angeklagten C als versuchtes Inverkehrsetzen von Suchtgift zugerechnet wurde (Urteilsfaktum I. 2. b), keinen formellen Freispruch fällte, weil die Nichterledigung eines Anklagepunktes Kurt B nur zum Vorteil gereichen konnte (vgl. Mayerhofer-Rieder, II/2, Nr. 1 zu § 281 Abs. 1 Z. 7 StPO). Zudem ist schon den Entscheidungsgründen unmißverständlich zu entnehmen, daß das Erstgericht eine Beteiligung des Angeklagten B an dieser Deliktshandlung verneinte (vgl. Mayerhofer-Rieder, II/1 Nr. 4 zu § 259 StPO und II/2 Nr. 8 und 9 zu

§ 281 Abs. 1 Z. 7 StPO); wurde doch hiezu festgestellt, daß der Angeklagte B mit dem von C um den 20. Jänner 1981 aus der Türkei nach Österreich gebrachten Suchtgift nichts zu tun haben wollte, und deshalb C auch nicht bei sich Quartier nehmen ließ, sondern den Angeklagten A ersuchte, für C eine Wohnung zu mieten (vgl. Band II, S. 314 d.A.). In Ausführung des Nichtigkeitsgrundes der Z. 8 des § 281 Abs. 1 StPO macht der Angeklagte B dem Ersturteil ferner zum Vorwurf, es werde durch seine Verurteilung laut dem Punkt I. 1. C des Schulterspruches die Anklage überschritten. Seiner Argumentation kann indes nicht gefolgt werden.

Richtig ist zwar, daß u.a. ihm und dem Angeklagten A in der Anklageschrift zur Last gelegt wurde, im Dezember 1980 und Jänner 1981 70 Gramm Heroin an Kurt D und 40 bis 60 Gramm Heroin an Rudolf

E jeweils in Teilmengen (von denen je 25 Gramm jedenfalls der ersten verfahrensgegenständlichen, insgesamt 200 Gramm umfassenden Suchtgiftmenge /siehe Seite 308 f., 311, 312/

II. Band / zuzuordnen sind) zum Weiterverkauf übergeben und weitere 28 Gramm (zuzüglich den in der Wohnung des C verwahrten 310 /richtig 300 / Gramm) Heroin zum Weiterverkauf bereitgehalten zu haben, wogegen in Ansehung der von Jugoslawien nach Österreich geschmuggelten 130 Gramm Heroin ein Schulterspruch wegen des vollendeten Delikts nach dem § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. wegen der Weitergabe von je 10 Gramm Heroin an Kurt D und Rudolf E (Punkt I. 1. B des Urteils) und von zirka 82 Gramm Heroin an unbekannte Abnehmer (Punkt I. 1. C des Urteils) sowie wegen des versuchten Inverkehrsetzens der restlichen 28 Gramm Heroin (Punkt I. 2. a des Urteils), sohin insgesamt in bezug auf eine (um 22 Gramm) höhere als die in der Anklage genannte Suchtgiftmenge erging. Ein Vergleich der u. a. dem

Beschwerdeführer in der Anklageschrift zur Last gelegten Taten mit den vom Urteilsspruch erfaßten zeigt jedoch, daß Kurt B insgesamt wegen keiner Tathandlung schuldig erkannt wurde, gegen die sich nicht auch der Verfolgungsantrag der Staatsanwaltschaft gerichtet hätte:

Dadurch, daß das Urteil eine höhere Gesamtmenge des in Verkehr gesetzten Suchtgiftes annimmt als die Anklage, geht die Identität dieser Tathandlungen nicht verloren und wird daher auch die Anklage nicht überschritten, zumal die Größe der - die zur Annahme einer Gemeingefahr erforderliche Grenzmenge für Heroin jedenfalls weit übersteigenden - verfahrensgegenständlichen Suchtgiftmenge als bloße Modalität der Tat weder für den Tatbestand, noch für den anzuwendenden Strafsatz von Belang war (vgl. ÖJZ-LSK. 1981/64 = EvBl. 1981/117). Ebenso konnte das Gericht, ohne die Anklage zu überschreiten, bei der Bezeichnung der Abnehmer von der Anklage abweichen und annehmen, daß das Suchtgcift nicht zur Gänze den bereits namentlich bekannten Erwerbern, sondern zum Teil auch unbekannten Käufern zugekommen ist.

Zu Unrecht bestreitet der Angeklagte B, den Nichtigkeitsgrund der Z. 9 lit. a des § 281 Abs. 1 StPO geltend machend, sodann, daß das Bereithalten von weiteren 28 Gramm Heroin zum Weiterverkauf, ohne daß auch die Feststellung getroffen wurde, es hätten bereits konkrete Verkaufsverhandlungen stattgefunden, als versuchtes Inverkehrsetzen von Suchtgcift zu beurteilen sei (Punkt I. 2. a des Urteils): Die Ausführungsnahe wird nämlich vorliegend schon dadurch dokumentiert, daß es sich bei der Verwahrung dieser Suchtgiftmenge in der Wohnung des Angeklagten B lediglich um eine durch die Eigentümlichkeit des Verteilungsvorganges technisch bedingte Zwischenlagerung, keinesfalls aber um eine Bevorratung handelte. Da diese Restmenge nach dem Vorsatz der Angeklagten B und A ersichtlich gleichfalls - wie der übrige bereits in Verkehr gesetzte Suchtgciftvorrat -

alsbald verkauft werden sollte, haben die Täter ihren Tatentschluß auch in Ansehung dieser Restmenge bereits durch eine (objektiv betrachtet) ausführungsnahe, im unmittelbaren Vorfeld der Deliktsvollendung gelegene Handlung betätigt, bei der sich (in subjektiver Beziehung) ihr verbrecherisches Vorhaben bereits in einem Stadium befand, in dem anzunehmen war, daß sie die entscheidende Hemmstufe vor der Tatbegehung schon überwunden hatten. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers stellt das festgestellte Tatverhalten demnach keine straflose Vorbereitungshandlung, sondern schon einen Versuch im Sinn des § 15 Abs. 1

StGB dar.

Mit Beziehung auf den Nichtigkeitsgrund der Z. 9

lit. b des § 281 Abs. 1 StPO reklamiert der Angeklagte B zum Urteilsfaktum I. 1. A a - die Weitergabe von 100 Gramm Heroin an Kurt D betreffend - freiwilligen Rücktritt vom Versuch. Die Berufung auf diesen Strafaufhebungsgrund ist jedoch hier schon deshalb verfehlt, weil bei Deliktsbegehung durch mehrere die Straflosigkeit eines Beteiligten nicht bereits dann eintritt, wenn dieser Beteiligte seinen eigenen Tatbeitrag abbricht, sondern nur unter der Voraussetzung, daß er verhindert, daß die Straftat durch einen anderen Beteiligten vollendet wird (vgl. ÖJZ-LSK. 1981/135 = EvBl. 1981/201). Zudem läge mißlungener Versuch vor, bei welchem strafbefreiender Rücktritt schon begrifflich ausscheidet, wenn der tätergewollte Erfolg nur zufolge Ausbleibens der geforderten sofortigen Bezahlung des angebotenen Suchtgiftes unterblieben wäre. Was aber letztlich den auf die Z. 10 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Beschwerdeeinwand betrifft, das Erstgericht habe sich in keiner Weise mit der Frage befaßt, ob der Angeklagte B bei den inkriminierten Tathandlungen unmittelbarer Täter oder Beteiligter im Sinn des dritten Falls des § 12 StGB gewesen sei, ist dem Beschwerdeführer folgendes zu erwidern: Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (vgl. ÖJZ-LSK. 1979/116 u.a.) vermag die irrite Annahme des ersten anstatt des dritten Anwendungsfalles des § 12

StGB zufolge der rechtlichen Gleichwertigkeit der Täterschaftsformen keine Urteilsnichtigkeit zu begründen, sofern alle die Beurteilung des Tatverhaltens als sonstigen Tatbeitrag ermöglichen Tatumstände festgestellt sind, wie dies vorliegend geschah. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob und bei welchen Tathandlungen der Angeklagte B auch in der Ausführungsphase mitwirkte und somit unmittelbare Täterschaft zu verantworten hat. Soweit der Beschwerdeführer jedoch zu den Urteilsfakten I. 1.

B und C sowie 2. a entsprechende Konstatierungen vermißt, die eine rechtliche Beurteilung als sonstigen Tatbeitrag zulassen, setzt er sich über den im Urteil angenommenen Sachverhalt hinweg und bringt, wie sich schon aus den vorstehenden Ausführungen im einzelnen ergibt, seine Rechtsrügen nicht zur gesetzmäßigen Darstellung.

## Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Adel Ali C:

Seine Beschwerde stützt sich auf die Nichtigkeitsgründe der Z. 5 und 10 des§ 281 Abs. 1 StPO Ihr kommt Berechtigung insoweit zu, als sie sich gegen die Aussprüche wendet, der Angeklagte C habe den Tatbestand der § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. und 15

StGB als Mitglied einer Bande und ebenso wie jenen des Finanzvergehens der Abgabenhehlerei gewerbsmäßig gesetzt. Die Feststellung, der Angeklagte C sei Mitglied einer Bande gewesen, zu der auch der gesondert verfolgte Mostafa F und andere im Ausland befindliche Personen gehörten, und sei im Rahmen dieser internationalen Bande tätig geworden, die sich mit dem Rauschgiftschmuggel und gewinnbringenden Verkauf von Suchtgift befaßt, wurde nur mit dem Hinweis begründet, für das Gericht hätten in dieser Richtung 'keinerlei Zweifel' bestanden (vgl. Band II, S. 332, 335 f.d.A.). Ein solcher Ausspruch stellt aber - wie die Generalprokurator zutreffend ausführt - eine bloße Scheinbegründung dar, weil nicht denkfolgerichtig dargetan wird, auf Grund welcher Erwägungen das Gericht Gewißheit von der zu begründenden Tatsache erlangte (vgl. SSt. 44/4 u.a.). Daß das Erstgericht auf Grund der Vernehmung des C in der Hauptverhandlung die überzeugung gewann, dieser Angeklagte könnte aus Angst vor seinen Auftraggebern an seiner leugnenden Verantwortung festhalten, besagt noch nicht, daß hinter seinen Straftaten eine aus mindestens drei Personen bestehende Organisation stand, die sich die fortgesetzte Begehung von Suchtgiftdelikten zum Ziel gesetzt hat.

Die Annahme, dem Angeklagten C sei es bei den inkriminierten Tathandlungen darauf angekommen, sich durch deren wiederholte Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, leitete das Schöffengericht (vgl. Band II, S. 332, 333) aus der angeblichen Zugehörigkeit zu einer Bande ab. Außerdem verwies es darauf, daß der Angeklagte C in Österreich keiner Beschäftigung nachgehe und seine Einkommensverhältnisse in der Türkei 'sehr zweifelhaft' seien. Damit wurde dem Erfordernis einer logisch einwandfreien Begründung auch bei diesem Ausspruch nicht entsprochen. Denn abgesehen davon, daß die Feststellung, der Angeklagte C sei als Mitglied einer Bande tätig geworden, ihrerseits, wie bereits dargelegt, mit einem Begründungsmangel behaftet ist, könnte aus dieser Tatsache zwar auf die Absicht wiederholter Tatbegehung, nicht aber ohneweiters auch darauf geschlossen werden, daß er beabsichtigte, sich hiedurch eine Einnahmsquelle in der Bedeutung eines fortlaufenden Mittelzuflusses zu erschließen; dies umsoweniger, als dem Erfordernis gewerbsmäßiger Tatbegehung nur dann entsprochen ist, wenn als erwiesen angenommen wird, daß der Täter den Vorteil für sich selbst und nicht bloß für einen Dritten erstrebt (vgl. ÖJZ-LSK. 1979/232, 1980/44 u.a.). Die - von der Verteidigung gerügten und hier aufgezeigten - Begründungsmängel haben zur Folge, daß das Urteil nicht nur in den beiden betroffenen Aussprüchen, sondern darüber hinaus im gesamten Schulterspruch des Angeklagten C wegen des Finanzvergehens der Abgabenhehlerei, sowie gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO auch in den entsprechenden Schultersprüchen der beiden anderen Angeklagten, welche sich in dieser Richtung nicht beschwert erachteten, aufgehoben werden muß. Da nicht festgestellt wurde und nach den Verfahrensergebnissen auch nicht festgestellt werden konnte, daß bei Zugrundelegung der im Urteilsspruch angeführten Suchtgiftmengen der für einen der Angeklagten maßgebliche strafbestimmende Wertbetrag 200.000 S (§ 53 Abs. 2 lit. c FinStrG.) übersteigt (vgl. Band II, S. 234 d. A.), fiele nämlich die Ahndung der inkriminierten Finanzvergehen nur dann gemäß dem § 53 Abs. 1 lit. a und Abs. 4

FinStrG. in die Zuständigkeit der Gerichte, wenn dem Angeklagten C im Fall der Abgabenhehlerei gewerbsmäßige Tatbegehung anzulasten wäre. Andernfalls müßte bezüglich sämtlicher Angeklagter ein Freispruch gemäß dem § 214 FinStrG. gefällt werden.

Darüber hinaus erweist sich die Beschwerde des Angeklagten C, soweit er, die ihn betreffenden Schultersprüche laut den Punkten I. 1. A und

2. b des Urteilsspruches bekämpfend, unter dem Gesichtspunkt einer Nichtigkeit gemäß der Z. 5 des§ 281 Abs. 1 StPO das Urteil als im Ausspruch über entscheidende Tatsachen undeutlich, unvollständig, mit sich selbst im Widerspruch und nicht bzw. offenbar unzureichend begründet rügt, jedoch als unzutreffend:

Ob die vom Angeklagten C zum Abverkauf zur Verfügung gestellten 100 Gramm Heroin, von denen nach drei vergeblichen Verkaufsversuchen je 25 Gramm an Kurt D und Rudolf E abgegeben wurden, mit jener Heroinmenge ident sind, die dem gesondert verfolgten Mostafa F zunächst zurückgestellt worden war, ist - den Beschwerdeausführungen zuwider - (auch für die Beurteilung der Tat als gewerbsmäßig und bandenmäßig begangen) nicht entscheidungswesentlich; im übrigen findet die eine solche Identität behauptende Annahme im Geständnis des

Angeklagten A volle Deckung (vgl. Band I, S. 261 unten, Band II, S. 250 d.A.).

Daß der Angeklagte C die in seiner Wohnung versteckt gehaltene Suchtgiftmenge gleichfalls zum (alsbaldigen) Weiterverkauf bereitgestellt hatte und in Österreich gewinnbringend verkaufen wollte, liegt auf Grund der dem Urteil als Feststellungsgrundlage dienenden Angaben des Mitangeklagten A auf der Hand, sodaß es nach Lage des Falles hiefür keiner näheren Begründung bedurfte. Die Frage, ob der Angeklagte C Anfang Jänner 1981 in die Türkei reiste, 'um Suchtgift zu organisieren', ist höchstens für die im zweiten Rechtsgang abermals zu prüfende Frage einer bandenmäßigen Begehung von Bedeutung.

Im übrigen ging das Erstgericht davon aus, es könne diesem Angeklagten nicht nachgewiesen werden, daß er das Suchtgift selbst nach Österreich schmuggelte (vgl. Band II, S. 335 d.A.), und lastete ihm (und den Mitangeklagten) daher nur Abgabenhehlerei an.

In diesem Umfang erweist sich die Beschwerde des Angeklagten C sohin als nicht stichhäftig.

Insgesamt war demzufolge spruchgemäß zu erkennen.

Da infolge der Teilaufhebung des Urteils, im besonderen der Verfallsersatzstrafaussprüche nach dem § 12 Abs. 4 SuchtgiftG. hinsichtlich der Angeklagten Kurt B und Adel Ali C, (u.a.) eine Neuauftteilung des Verfallsersatzes (auch unter Berücksichtigung des auf den gesondert zu 6 e Vr 625/81 des Landesgerichtes für Strafsachen Wien verfolgten Mostafa Badr F fallenden Anteils) vorzunehmen sein wird, war wegen des damit gegebenen untrennbarer Zusammenhangs (§ 289 StPO) auch der diesbezügliche Ausspruch betreffend El Taher A aufzuheben. Als nicht von der Kassation betroffener Teil des Strafausspruches verbleibt somit (neben dem gleichfalls unberührten Verfallsausspruch nach dem § 12 Abs. 3 SuchtgiftG.) lediglich die über El Taher A gemäß dem § 12 Abs. 1 SuchtgiftG. verhängte Freiheitsstrafe von dreieinhalb Jahren. Das Erstgericht wertete in diesem Zusammenhang die mehreren Angriffe sowie die große Menge des in Umlauf gebrachten bzw. zum Weiterverkauf bereitgehaltenen Heroins als erschwerend. Als mildernd berücksichtigte es bei A demgegenüber das Geständnis, seine Unbescholtenheit, daß es teilweise beim Versuch blieb und den Umstand, daß der genannte Angeklagte zur Überführung weiterer Täter beitrug.

Der auf Herabsetzung der Freiheitsstrafe gerichteten Berufung des Angeklagten El Taher A kommt Berechtigung zu.

Das Schöffengericht stellte die gegebenen Strafzumessungsgründe zwar im wesentlichen zutreffend und vollständig fest, maß jedoch dem Umfang des Geständnisses dieses Angeklagten, insbesonders der Tatsache, daß auf Grund seiner Angaben auch andere Suchtgifttäter überführt werden konnten, zu wenig Gewicht bei. Auf Grund dieser besonderen Lage des Falles war daher eine Herabsetzung der El Taher A zugemessenen Freiheitsstrafe auf drei Jahre geboten. Die Angeklagten Kurt B und Adel Ali C waren mit ihren Berufungen auf die Entscheidung über ihre Nichtigkeitsbeschwerden zu verweisen. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

### **Anmerkung**

E03559

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

ECLI:AT:OGH0002:1982:0110OS00188.81.0210.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19820210\_OGH0002\_0110OS00188\_8100000\_000

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