

# TE OGH 1981/11/19 13Os155/81

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.11.1981

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 19.November 1981

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Harbich, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Müller, Dr. Horak, Dr. Schneider und Dr. Hörburger als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Franz als Schriftführers in der Strafsache gegen Reinhard A wegen des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG. und anderer strafbarer Handlungen über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Kreisgerichts Krems a.d. Donau als Schöffengerichts vom 23.April 1981, GZ. 9 Vr 645/80-36, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrags des Berichterstatters, Hofrats des Obersten Gerichtshofs Dr. Hörburger, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Strizik und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalts Dr. Kodek, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Gemäß § 290 Abs 1 StPO. wird das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Schulterspruch C 2, soweit dem Reinhard A zur Last gelegt wird, die von ihm den Gendarmeriebeamten fälschlich angelasteten Handlungen seien mit einer ein Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht, ferner im Ausspruch, der Angeklagte habe das Verbrechen der Verleumdung nach § 297 Abs 1, zweiter Fall, StGB. begangen, und demzufolge auch im Freiheitsstrafausspruch aufgehoben und es wird gemäß § 288 Abs 2 Z. 3 StPO. im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Reinhard A hat das Vergehen der Verleumdung nach § 297 Abs 1 StGB. begangen.

Hiefür und für die ihm zu A 1, A 2, B und C 1 zur Last liegenden strafbaren Handlungen wird Reinhard A gemäß § 12 Abs 1 SuchtgiftG. unter Anwendung des § 28

StGB. zu 4 (vier) Jahren Freiheitsstrafe verurteilt. Mit seiner Berufung gegen den Freiheitsstrafausspruch wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Die gegen den Strafausspruch nach § 12 Abs 4 SuchtgiftG. gerichtete

Berufung wird zurückgewiesen.

Im übrigen wird der Berufung nicht Folge gegeben.

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

## Text

Gründe:

Der am 22.März 1961 geborene Installateur gehilfe Reinhard A wurde u. a. zu A 1 des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG., zu A 2 des Vergehens nach § 16 Abs 1 Z. 2 SuchtgiftG., zu C 2 des Verbrechens der Verleumdung nach § 297

Abs 1 StGB. und zu D des Vergehens der (gewerbsmäßigen) Abgabenhehlerei nach den §§ 37 Abs 1

lit a, 38 Abs 1 lit a FinStrG. schuldig erkannt. Darnach hat er

A. von 1977 bis Juli 1980 in Wien, Horn und Wielandsberg 1. den bestehenden Vorschriften zuwider mindestens je 2800 Gramm Heroin, 4,5 kg Haschisch und 225 Portionen LSD, sohin Suchtgift in solchen Mengen in Verkehr gesetzt, daß daraus in größerer Ausdehnung eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen konnte;

2. über die zu A 1 angeführten Mengen hinaus unberechtigt Suchtgift, und zwar mindestens je 120 Gramm Heroin, 2,5 kg Haschisch und 90 Portionen LSD zum eigenen Verbrauch erworben und besessen;

C 2. als Zeuge am 30.Oktober 1980 vor dem Untersuchungsrichter des Kreisgerichts Krems sowie am 14.Jänner 1981, 30.Jänner 1981 und 11. Februar 1981 in den Hauptverhandlungen der Strafsachen gegen Peter B, Josef C und Engelbert D durch seine Aussage die Gendarmeriebeamten Josef E und Johann F dadurch der Gefahr einer behördlichen Verfolgung ausgesetzt, daß er sie von Amts wegen zu verfolgender, mit Strafe bedrohter Handlungen (§§ 83 Abs 1, 105 Abs 1 StGB.) falsch verdächtigte, wobei er wußte, daß die Verdächtigung falsch war;

D. durch die zu A bezeichneten Taten vorsätzlich Sachen, hinsichtlich welcher ein Schmuggel begangen worden war, gekauft, an sich gebracht und verhandelt, wobei es ihm darauf ankam, sich durch die wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Der Angeklagte bekämpft diese Schultsprüche mit einer auf § 281 Abs 1 Z. 5, 9 lit a und 10 StPO.

gestützten Nichtigkeitsbeschwerde.

In Ausführung der Mängelrüge bezeichnet er die Feststellung der von

ihm nach den Urteilsannahmen zu A 2

erworbenen und besessenen Suchtgiftmengen als unzureichend begründet, weil das Gericht bei deren Ermittlung, die auf einer Multiplikation seines Tagesverbrauchs mit der Dauer des Suchtgiftmißbrauchs beruhte, außer acht gelassen habe, daß er während seiner viermonatigen Anstaltsbehandlung wegen Tuberkulose jedenfalls kein Suchtgift konsumiert habe.

### **Rechtliche Beurteilung**

Diesem Vorbringen ist zunächst zu entgegnen, daß die Rüge eines formalen Begründungsmangels den Ausspruch über entscheidende Tatsachen betreffen muß. Entscheidend sind aber nur jene Umstände, die entweder auf die Unterstellung der Tat unter ein bestimmtes Strafgesetz oder auf die Wahl des anzuwendenden Strafsatzes Einfluß haben.

Ob der Beschwerdeführer Haschisch während 42, Heroin und LSD während jeweils 30 Monaten konsumierte oder um jeweils vier Monate weniger und wieviel Suchtgift er insgesamt besaß, ist für die Beurteilung nach § 16 Abs 1 Z. 2 SuchtgiftG. belanglos. Es ist daher insbesondere auch die vom Erstgericht über die laut S. 105/II ausgedehnte Anklage hinausgehend festgestellte Haschischmenge für die Rechtsrichtigkeit des Schultspruchs unerheblich, zumal die Voraussetzungen des § 17 SuchtgiftG. jedenfalls auch nach dem Beschwerdevorbringen nicht erfüllt sind und diese Gesetzesstelle überdies wegen des Schultspruchs nach § 12 SuchtgiftG. unanwendbar wäre. Dem abschließenden Vorbringen zu diesem Beschwerdepunkt, die Urteilsbegründung, es handle sich hiebei um vom Angeklagten sicherlich konsumierte Mindestmengen, sei unverständlich, ist entgegenzuhalten, daß sich das angefochtene Urteil hiebei auf das Geständnis des Angeklagten (S. 25 ff. im I. Bd.) berief und dieses zulässig als Angabe sicherer Mindestmengen bezeichnete (S. 145/II). Der behauptete Begründungsmangel liegt daher auch insoweit nicht vor.

Eine Unvollständigkeit der Urteilsbegründung zu den Fakten A 1 und 2 erblickt der Beschwerdeführer in dem Unterbleiben einer Auseinandersetzung mit dem Gutachten des Sachverständigen Dr. G, wonach man nicht selten beobachten könne, daß Süchtige bei ihrer Befragung bestrebt sind, diese möglichst abzukürzen. Dies unterstützte die Verantwortung des Angeklagten, der sich ebenfalls darauf berufen habe, daß er vor der Sicherheitsbehörde nur deshalb ein Geständnis abgelegt habe, um Ruhe zu haben.

Der Sachverständige hat zwar ausgeführt, daß es zu den in der Regel auftretenden Entzugserscheinungen gehört, daß Süchtige bestrebt sind, ihre Aussage so rasch als möglich abzuschließen, gleichzeitig aber betont, daß die Fähigkeit, diese Aussage zu kontrollieren, im allgemeinen erhalten bleibt (S. 125/II). Hinweise auf die Unrichtigkeit der

Verantwortung des Angeklagten vor den Gendarmeriebeamten hat er nicht gegeben, sondern vielmehr betont, daß diese Angaben über den Suchtgiftkonsum nach medizinischer Erfahrung durchaus möglich sind (S. 128/II). Mit den in der Beschwerde wiedergegebenen Ausführungen im Gutachten mußte sich der Schöffensenat schon deshalb nicht auseinandersetzen, weil der Angeklagte zwar vor dem Untersuchungsrichter versucht hat, die behauptete Unrichtigkeit seiner Gendarmerieeinlassung damit zu motivieren, daß er 'Ruhe haben' wollte (S. 68/I), seine Verantwortung jedoch änderte und in der Hauptverhandlung sein Geständnis mit Mißhandlungen durch die Gendarmeriebeamten erklärte (insbesondere S. 70/II).

Mit der Unrichtigkeit dieser Darstellung des Angeklagten setzt sich das angefochtene Urteil jedoch eingehend auseinander (S. 143 ff./II).

Der soeben behandelte Teil der Mängelrüge stellt sich ebenso wie deren folgenden Hinweise auf Zeugen, die bei der Frage nach Mißhandlungen durch die Vernehmungsbeamten vom Recht des § 153 StPO. Gebrauch machten, sowie auf die ungünstigen finanziellen Verhältnisse des Angeklagten trotz seines (im Urteil angenommenen) Millionenumsatzes im Suchtgifthandel lediglich als eine unzulässige Bekämpfung der richterlichen Beweiswürdigung dar.

Sowohl unter Anrufung der Z. 5 wie auch der Z. 10

(gemeint Z. 11) des § 281 Abs 1 StPO. bekämpft der Beschwerdeführer die Annahme 'erschwerender Umstände' durch das Gericht, das die Strafe nach dem zweiten 'Strafsatz' des § 12 Abs 1 SuchtgiftG. ausgemessen hat, weil angesichts der festgestellten Menge der vom Angeklagten vertriebenen Drogen der Grad der Gefährlichkeit seiner Tat dem bandenmäßiger Begehung gleichkomme. Der Beschwerdeführer übersieht, daß § 12 Abs 1 SuchtgiftG. zwei Strafsätze normiert:

einen einheitlich gleitenden Strafsatz mit beweglicher Obergrenze (fünf Jahre, unter allgemeinen erschwerenden Umständen zehn Jahre, woraus sich zwei Strafstufen ergeben: eine von einem Jahr bis zu fünf Jahren und eine weitere von einem Jahr bis zu zehn Jahren); sodann einen getrennten Strafsatz bei Begehung als Mitglied einer Bande, der also an diesen namentlich angeführten erschwerenden Umstand geknüpft ist und von einem Jahr bis zu zehn Jahren reicht (zu den Begriffen 'Strafsatz' und 'Strafstufe' siehe EvBl 1971 Nr. 201). Die nur von allgemeinen erschwerenden Umständen (§ 33 StGB.) abhängige Wahl der Strafstufe (darum handelt es sich hier entgegen der irreführenden Diktion des Erstgerichts) innerhalb des erstbezeichneten Strafsatzes kann nicht mit Nichtigkeitsbeschwerde angefochten werden; denn die Annahme oder Nichtannahme allgemeiner Erschwerungsgründe fällt in den Bereich richterlichen Ermessens und unterliegt (wie alle, dem Ermessen anheimgegebenen Komponenten des Strafausspruchs) der Anfechtung mit Berufung.

Den Schulterspruch C 2 wegen Verleumdung der vernehmenden Gendarmeriebeamten - nicht aber jenen wegen des damit idealkonkurrierend begangenen Vergehens der falschen Beweisaussage nach § 288 Abs 1 StGB. (C 1) -

bekämpft der Beschwerdeführer ebenfalls unter Bezugnahme auf § 281 Abs 1 Z. 5 StPO. mit dem Vorwurf einer Unvollständigkeit der Urteilsbegründung; diese setze sich weder mit der Tatsache auseinander, daß die Zeugen D und H die Beantwortung der Frage, ob sie bei ihren Vernehmungen geschlagen worden seien, gemäß § 153 StPO. verweigerten, noch mit dem schon wiedergegebenen Teil des Gutachtens Drs. G. Beiden Umständen kommt aber für die vom Schöffensenat in freier und unbekämpfbarer Beweiswürdigung zu entscheidende Tatfrage der Richtigkeit der Behauptung des Angeklagten von Mißhandlungen keine verwertbare Bedeutung zu, sodaß in den - gemäß § 270 Abs 2 Z. 5 StPO. in gedrängter Darstellung abzufassenden - Entscheidungsgründen darauf nicht einzugehen war. Gegen den Schulterspruch wegen Abgabenhehlerei (D) bringt der Beschwerdeführer vor, dies würde den Beweis voraussetzen, daß die von ihm erworbenen und verhandelten Suchtmittel tatsächlich geschmuggelt waren, den aber das Urteil weder erbracht noch versucht habe, sodaß es nach der Z. 5 oder 9 lit a des § 281 Abs 1 StPO.

nichtig sei. Bei diesem Vorbringen übersieht der Nichtigkeitswerber

die ausdrückliche und zutreffend auf Notorietät gestützte

Feststellung, daß das vom Angeklagten erworbene und verhandelte

Rauschgift illegal importiert und nicht der vorschriftsmäßigen

Verzollung gestellt worden war (S. 147/II). Wenn der

Beschwerdeführer weiter ausführt, Abgabenhehlerei sei begrifflich

ausgeschlossen, weil die Suchtgifte ordnungsgemäß nicht eingeführt und verzollt werden konnten, weil sie diesfalls sofort beschlagnahmt worden wären, verkennt er die Bedeutung der am 1.Jänner 1977 in Kraft getretenen 9. Zolltarifgesetznovelle BGBl. 1976/669; dadurch ist die von ihm offenbar bezogene Entscheidung des verstärkten Senats des Obersten Gerichtshofs vom 25.Juni 1976, 12 Os 38,39/76 (LSK 1976/257), in zollrechtlicher Beziehung überholt (LSK

1979/280 =

RZ. 1979/72 = EvBl 1979/237). Seit dieser Novelle ist ein Gewichtszoll für Haschisch, Heroin und LSD vorgesehen, sodaß die Tatbestände des Schmuggels nach § 35 Abs 1 FinStrG. sowie der Abgabenhehlerei nach § 37 FinStrG.

Anwendung finden.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Aus Anlaß der Beschwerde mußte der Oberste Gerichtshof einen Nichtigkeit nach§ 281 Abs 1 Z. 10 StPO. bewirkenden Rechtsirrtum des Kreisgerichts von Amts wegen wahrnehmen.

Der Angeklagte wurde des Verbrechens der Verleumdung nach§ 297 Abs 1 StGB. (höherer Strafsatz) schuldig gesprochen, weil er zwei Gendarmeriebeamte von Amts wegen zu verfolgender, mit Strafe bedrohter Handlungen ('§§ 83 Abs 1, 105 Abs 1, 313 StGB.) falsch verdächtigte ..... die fälschlich angelasteten Handlungen waren mit einer 1 Jahr übersteigenden Freiheitsstrafe bedroht'. Dem liegt die Ansicht zugrunde, die Nötigung (§ 105 Abs 1 StGB.) sei, unter Ausnützung einer Amtsstellung begangen (§ 313 StGB.), eine nicht mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, sondern mit solcher bis zu eineinhalb Jahren bedrohte Handlung (S. 150). Indes ist § 313 StGB. lediglich eine fakultativ anwendbare Strafausdehnungsnorm, die keine

Änderung der Strafsätze bewirkt (EvBl 1978 Nr. 63 = LSK 1977/334,

EvBl 1978 Nr. 136 = JBI 1979 S. 43 ff.; Leukauf-Steininger2 RZ. 16

zu § 313 StGB.). Daraus folgt, daß die - in der Bedeutung des§ 297 StGB. stets als strafbewehrter Deliktstypus, d.h. als abstrakte gesetzliche Regelung (siehe § 260 Abs 1 Z. 2 StPO.) zu verstehende - 'Handlung' nach§ 105 StGB., auch wenn sie unter Ausnützung einer Amtsstellung verübt wird, nur mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr bedroht ist (EvBl 1978 Nr. 63; Leukauf-Steininger2

RZ. 16 zu § 297 StGB.). Darnach verantwortet der Angeklagte nicht das Verbrechen, sondern das Vergehen der Verleumdung nach § 297 Abs 1 StGB. In diesem Sinn war sogleich in der Sache selbst zu erkennen. Bei der notwendig gewordenen Neubemessung der Freiheitsstrafe konnte von den im wesentlichen richtigen untergerichtlichen Strafzumessungsgründen ausgegangen werden. Die geänderte rechtliche Beurteilung der Verleumdung fällt im Rahmen des gesamten, vom Angeklagten zu verantwortenden Tatkomplexes nicht ins Gewicht. Die abermals geschöpfte vierjährige Freiheitsstrafe trägt den im § 32 StGB. normierten allgemeinen Grundsätzen für die Strafbemessung Rechnung, wird dem von der Schuld des Angeklagten umfaßten Unrechtsgehalt der Straftaten gerecht und läßt insbesondere auch die bei Suchtgiftdelikten zu berücksichtigenden Erwägungen der Generalprävention nicht außer acht.

Vom Schöffengericht wurde über den Angeklagten weiters nach § 12 Abs 4 SuchtgiftG. eine Geldstrafe (Verfallsersatzstrafe) von 9,272.500 S (im Nichteinbringungsfall ein Jahr Ersatzfreiheitsstrafe) verhängt. Die Verfallsersatzstrafe ist im § 12 Abs 4 SuchtgiftG. mit der Höhe des Werts der Sachen oder ihres Erlöses unverrückbar determiniert. Dem Ermessen oder der Billigkeit ist hier kein Spielraum gegeben, weshalb die Verfallsersatzstrafe nicht mit Berufung, sondern nur mit Nichtigkeitsbeschwerde aus § 281 Abs 1 Z. 11 StPO. angefochten werden kann (LSK 1975/108, 1981/16 u. a.). Vom Berufungswerber wird diesbezüglich bloß auf seine Beschwerdeausführungen verwiesen und die Quantitätsgrundlage im Urteilssachverhalt abermals in Zweifel gezogen, ein Vorbringen, das schon im Zug der Behandlung der Nichtigkeitsbeschwerde erledigt wurde (Hinweis auf das Geständnis im Vorverfahren, S. 25

bis 43 im I. Bd.). Man kann deshalb auch nicht sagen, der Angeklagte habe sich mit seiner Berufung gegen den Verfallsersatz nur im Rechtsmittel vergriffen. Die gegen den Strafausspruch nach § 12 Abs 4 SuchtgiftG. gerichtete Berufung war darum als unzulässig zurückzuweisen.

Schließlich verhängte das Kreisgericht über Reinhard A nach § 38 Abs 1 FinStrG. eine Geldstrafe von 650.250 S (im Nichteinbringungsfall sechs Monate Ersatzfreiheitsstrafe). Bei deren Bemessung war vor allem maßgebend, daß der Angeklagte in der Rauschgiftverteilungskette eher am Ende einzuordnen ist (S. 149 unten). Daneben sind aber von den im Urteil unter § 12 SuchtgiftG. rubrizierten Milderungsgründen hier folgende zu beachten (§ 23 Abs 2 FinStrG.): das teilweise Geständnis, das Alter unter 21 Jahren und der Umstand, daß der Angeklagte drogenabhängig ist. Erschwerend fällt beim Finanzvergehen nichts in die Waagschale. Die Berufung wider die Geldstrafe nach § 38 FinStrG. ist nicht begründet.

Daß diese Strafe in der vierfachen Höhe des verkürzten Zollbetrags (und damit die Höchststrafe nach § 38 Abs 1 FinStrG.) verhängt worden wäre, trifft nicht zu; die Strafe liegt vielmehr unter der Hälfte ihres im gegenständlichen Fall möglichen Ausmaßes. Ihre Herabsetzung ist im Hinblick auf die Sozialschädlichkeit und Gefährlichkeit des vom Angeklagten als Suchtgifthändler verkörperten Tätertyps nicht gerechtfertigt. Die bei der insoweit unklaren Diktion des Berufungsantrags möglicherweise auch angefochtenen Ersatzfreiheitsstrafen sind angemessen.

#### **Anmerkung**

E03427

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

ECLI:AT:OGH0002:1981:0130OS00155.81.1119.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19811119\_OGH0002\_0130OS00155\_8100000\_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)