

# TE OGH 1981/11/3 9Os106/81

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.11.1981

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 3.November 1981

unter dem Vorsitz des Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Obauer und in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth, Dr. Steininger, Dr. Horak und Dr. Reisenleitner als Richter sowie des Richteramtsanwärters Dr. Schlägl als Schriftführer in der Strafsache gegen Ernst A wegen des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG. und einer anderen strafbaren Handlung über die vom Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 31.März 1981, GZ. 6 a Vr 11646/80-17, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth, der Ausführungen des Verteidigers Dr. Maurer und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Strasser, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Gemäß § 290 a StPO. wird das angefochtene Urteil im Ausspruch über die Anrechnung der Vorhaft dahingehend ergänzt, daß die Vorhaft nicht nur auf die gemäß § 12 Abs 1 SuchtgiftG. verhängte Freiheitsstrafe, sondern gemäß § 38 StGB. auch auf die nach § 12 Abs 4 SuchtgiftG. ausgesprochene Verfallsersatzstrafe angerechnet wird.

Der Berufung wird Folge gegeben und die über den Angeklagten verhängte Freiheitsstrafe auf 15 (fünfzehn) Monate herabgesetzt. Gemäß § 390 a StPO. fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 15.August 1952 geborene, zuletzt beschäftigungslos gewesene Ernst A des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG. (Punkt 1 des Schultestspruches) und des Vergehens nach § 16 Abs 1 Z. 2 SuchtgiftG. (Punkt 2 des Schultestspruches) schuldig erkannt und gemäß § 12 Abs 1 SuchtgiftG. zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren, sowie nach § 12 Abs 4 SuchtgiftG. zu einer Wertersatzstrafe von 24.000 S, im Nichteinbringungsfall zwei Monate Ersatzfreiheitsstrafe, verurteilt. Gemäß § 12 Abs 3 SuchtgiftG. wurde eine beim Angeklagten sichergestellte Suchtgiftmenge von 1 Gramm Heroin für verfallen erklärt. Nach § 38 StGB. wurde die Vorhaft, allerdings bloß auf die verhängte Freiheitsstrafe, angerechnet.

Dieses Urteil ficht der Angeklagte ausdrücklich nur im Schultestspruch wegen des Verbrechens nach § 12 Abs 1

SuchtgiftG. mit einer auf die Nichtigkeitsgründe der Z. 5, 8, 9 lit a und 10 des § 281 Abs 1 StPO. gestützten Nichtigkeitsbeschwerde an.

Den Urteilsannahmen zum bekämpften Schultestspruch zufolge hat der Angeklagte, der nach den diesbezüglich unbekämpft gebliebenen Feststellungen des Erstgerichtes in den Monaten September und Oktober 1978 insgesamt 8

Gramm Heroin an Unbekannte veräußert hatte und unter anderem deshalb mit dem Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 6. März 1979, GZ. 6 a Vr 10057/78-23, des teils vollendeten und teils versuchten Verbrechens nach § 6 Abs 1 SuchtgiftG. (alt), § 15 StGB. (rechtskräftig) zu 18 Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden war, in der Zeit zwischen Sommer 1977 und November 1980, und zwar vor und nach seiner Inhaftierung von Dezember 1978 bis August 1980 in dem oben erwähnten Strafverfahren, etwa 15 Monate hindurch laufend zweimal wächentlich je etwa ein Zehntel Gramm Heroin um je 500 S, sohin insgesamt zumindest 12 Gramm Heroin, an den abgesondert verfolgten Michael B (Punkt 1 a des Schulterspruches) sowie im Herbst 1980 zweimal je etwa ein Zehntel Gramm Heroin an Brigitte C (nunmehr verehelichte B) zum Preis von je 200 bis 300 S (Punkt 1 b des Schulterspruches) verkauft, 'wobei er sich bewußt war, daß aus seiner Handlungsweise eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen in größerer Ausdehnung entstehen konnte und es nicht in seinem Einflußbereich stand, diese Gefahr beliebig zu begrenzen'.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dem sachlich aus dem Nichtigkeitsgrund der Z. 5 des § 281 Abs 1 StPO. erhobenen Beschwerdeeinwand zuwider ist die Urteilsbegründung zu Punkt 1 a des Schulterspruches weder mit sich selbst im Widerspruch, noch aktenwidrig.

Die wesentliche Urteilsannahme, wonach der Angeklagte teils vor und teils nach seiner Inhaftierung durch einen Zeitraum von insgesamt 15 Monaten an Michael B wächentlich je zweimal etwa ein Zehntel Gramm Heroin veräußert hat - woraus sich die Gesamtmenge von zumindest 12 Gramm dieses Suchtgiftes ergibt - findet in den Angaben des Zeugen Michael B in der Hauptverhandlung (S. 100 und 101 d.A.), vor dem Untersuchungsrichter (ON. 9) und vor der Polizei (S. 37 bis 41 d.A.) Deckung. Von einer 'Aktenwidrigkeit' dieser Annahme kann mithin keine Rede sein.

Den Beschwerdeaufführungen zuwider hat der genannte Zeuge vor dem Untersuchungsrichter als Beginn des Suchtgiftbezuges vom Angeklagten nicht erst den September 1979, sondern bereits das Jahr 1976 angegeben (Seite 83 verso d.A.). Das Jahr 1979 erwähnte er lediglich im Zusammenhang mit der ab diesem Zeitpunkt eingetretenen Regelmäßigkeit der Suchtgiftankäufe (S. 83 d.A.), wobei er, wie sich aus seiner Aussage vor der Polizei (S. 39 d.A.) ergibt, in Ansehung der nach der Entlassung des Angeklagten aus der Haft getätigten Käufe hinsichtlich der Jahreszahl, nicht aber bezüglich des Tatzeitraumes von insgesamt 15 Monaten irkte. Dieser wurde von ihm vielmehr, wie das Gericht im Urteil ausdrücklich anführte, bei seiner Vernehmung in der Hauptverhandlung klargestellt (siehe dazu insbesondere die S. 108 und 109 d.A.). Wenn sohin das Erstgericht den Beginn des Tatzeitraumes von 15 Monaten mit September 1977 annahm (S. 109 d.A.), dann stellt dies eine Schlußfolgerung aus den zitierten Aussagen dar, die auch mit den sonstigen Verfahrensergebnissen in Einklang zu bringen ist.

Daß während der Haft des Angeklagten in der Zeit von etwa Anfang Dezember 1978 bis Sommer 1980 keine Suchtgiftverkäufe erfolgten, hat das Erstgericht, wie eingangs erwähnt, ausdrücklich festgestellt. Der Einwand der Beschwerde, das Gericht habe die Tatsache des zeitweiligen Freiheitsentzuges des Angeklagten keiner Erörterung unterzogen, geht daher, als selbst aktenwidrig, ins Leere. Unverständlich schlechthin ist der weitere Beschwerdevorwurf einer 'Aktenwidrigkeit', welche darin gelegen sein soll, daß der Angeklagte mit dem oben erwähnten Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien vom 6. März 1979 der im September und Oktober 1979 erfolgten Weitergabe von 8 Gramm (im September 1978 nach Österreich eingeführten) Heroin an unbekannte Personen schuldig erkannt wurde, wogegen der Zeuge B erst seit dem Jahre 1979

regelmäßig Suchtgift zu sich nehme. Mit ihm ist der Angeklagte darauf zu verweisen, daß das Erstgericht seine Verantwortung, er habe die den Gegenstand der Vorverurteilung bildenden 8 Gramm Heroin nicht an unbekannte Personen, sondern an den Zeugen B verkauft, in freier Beweiswürdigung als unglaublich abgelehnt hat. Im übrigen geht, wie bereits oben erwähnt, aus den in den verschiedenen Verfahrensstadien abgelegten Aussagen des Zeugen B keineswegs hervor, daß er erst ab dem Jahre 1979 Suchtgift konsumiert hat; es war dies vielmehr den Angaben des Genannten zufolge schon ab den Jahren 1976 oder 1977 der Fall (S. 37, 39, 83 f., 100 f. d.A.). Die in der Beschwerde behaupteten Begründungsmängel sohin dem Ersturteil nicht an.

Eine Nichtigkeit im Sinne des § 281 Abs 1 Z. 8 StPO. erblickt der Beschwerdeführer im Abweichen des Schulterspruches zu Punkt 1 a in Ansehung des festgestellten Tatzeitraumes (Sommer 1977 bis November 1980) von der seiner Ansicht nach von der Anklage bloß umfaßten Tatzeit 1976

bis Dezember 1978.

Auch dieser Einwand ist nicht stichhaltig.

Gegenstand des dem Punkt 1 a des Schulterspruches entsprechenden Vorwurfs der am 30. Jänner 1981 erhobenen Anklage war der 'laufende' Verkauf von rund 0,8 Gramm Heroin monatlich an Michael B ab dem Jahre 1976, ausgenommen die Haftzeit des Angeklagten von Dezember 1978

bis August 1980, in einer Gesamtmenge von zumindest 20 Gramm. Ungeachtet der Fassung des Anklagetenors, welcher das Tatverhalten mit Dezember 1978 zeitlich begrenzt, ergibt sich aus der für die Bestimmung des Anklagegegenstandes maßgeblichen (EvBl 1951/133, St. 27/78 u.a.) Anklagebegründung, und zwar sowohl aus deren sprachlichen Fassung an sich, als auch aus der Relation der Monatsmenge von 0,8 Gramm zu der 25 Monaten entsprechenden Gesamtmenge von 20 g, daß die Anklagebehörde dem Angeklagten auch den von ihm im Vorverfahren bloß der Menge nach bestrittener Verkauf von Suchtgift nach seiner im August 1980 erfolgten Haftentlassung zur Last legte, sohin einen Tatzeitraum von Anfang 1977 bis einschließlich November 1978, sowie zumindest September und Oktober 1980 annahm.

Wenn das Erstgericht demgegenüber, ausgehend von den bereits erörterten Aussagen des Zeugen B in der Hauptverhandlung, den Beginn des Tatzeitraumes in den Sommer 1977 verlegte, so kann angesichts der im übrigen bestehenden Identität von Anklage- und Urteilstat von einer Überschreitung der Anklage in Punkt 1 a des Schulterspruches keine Rede sein. Im übrigen ist die unrichtige Bestimmung der Tatzeit in der Anklage - soweit sie zur Zeit der Anklageerhebung bereits abgeschlossene Ereignisse zum Gegenstand hat und diese unverwechselbar kennzeichnet - unter dem Blickwinkel einer Anklageüberschreitung nicht erheblich (EvBl 1966/292).

Der Sache nach (bloß) eine Nichtigkeit nach der Z. 10 des § 281 Abs 1 StPO. macht der Beschwerdeführer in Ansehung der Subsumtion der von den Punkten 1 a und 1 b des Schulterspruches erfaßten Taten unter das Tatbild des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG. mit der Behauptung geltend, es fehle am objektiven Tatbestand, weil eine abstrakte Gemeingefahr nicht vorhanden war, die verkauften Suchtgiftmengen zu deren Herbeiführung nicht ausreichten und das Suchtgift von den Erwerbern selbst verbraucht worden sei.

Es hält auch diese Rüge des Angeklagten einer Überprüfung nicht stand.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ist der tatsächliche Eintritt der im § 12 Abs 1 SuchtgiftG. beschriebenen Gemeingefahr, also das wirkliche Naheliegen eines Schadens am Leben oder an der Gesundheit von Menschen in größerer Ausdehnung, nicht erforderlich. Es genügt vielmehr (arg. 'entstehen kann') eine abstrakte Gefährdung. Ob das Verhalten des Täters eine zur Herbeiführung einer gefährlichen Lage generell geeignete Handlung im Sinne der genannten Gesetzesstelle darstellt, darf nicht allein an Hand der Menge des Suchtgiftes beurteilt werden, das den Gegenstand der strafbaren Handlung bildet.

Es muß diese Frage vielmehr unter Berücksichtigung aller Umstände des konkreten Falles gelöst werden, wobei allerdings darauf Bedacht zu nehmen ist, daß der Gesetzgeber bei abstrakten Gefährdungsdelikten das im gesetzlichen Tatbild beschriebene Verhalten schon wegen seiner regelmäßigen Gefährlichkeit mit Strafe bedroht hat (Rittler I 85, Leukauf-Steininger2 RN. 11 zu § 17), sich deshalb eine Prüfung auf die akute Möglichkeit der Verletzung des geschützten Rechtsgutes erübrigt und sohin mit einer Beurteilung des Sachverhaltes in der Richtung das Auslangen gefunden werden kann, ob der Täter durch sein Verhalten eine Situation geschaffen hat, die die (unmittelbare) Vorstufe einer konkreten Gefahr bildet (siehe dazu Leukauf-Steininger a.a.O.).

Daß der Täter eine solche Gefahrenlage durch eine einzige tatbildmäßige Handlung herbeiführt, wird im Gesetz nicht gefordert. Es genügt für die Annahme der objektiven Tatseite auch, wenn der gesetzlich verpänte Erfolg - hier also die abstrakte Gefahrenlage - durch ein wiederholtes tatbestandliches Verhalten herbeigeführt wird. Deswegen sind auch in einem solchen Falle bei der nach § 12 Abs 1

SuchtgiftG. vorzunehmenden Prüfung des Täterverhaltens auf die (objektive) Gefährdungseignung die den Gegenstand der einzelnen (Teil-) Akte bildenden Suchtgiftmenge zusammenzählen und die Eignung sodann an der Gesamtmenge zu messen (EvBl 1980/20 u.a.). Vorliegend hat nun das Erstgericht zu Recht angenommen, daß die vom Angeklagten veräußerte Suchtgiftmenge in Verbindung mit den durch den Verkauf an Michael B und Brigitte C (verehelichte B) geschaffenen Vercältnissen objektiv zur Herbeiführung einer Gefahr für Leben und Gesundheit von Menschen in größerem Umfang geeignet gewesen ist. Denn es hat der Angeklagte - der nach der Art von Süchtigen die gegenständlichen Verkäufe zwecks Finanzierung seines Eigenbedarfes tätigte - durch die fortlaufende Veräußerung eines der gefährlichsten Suchtgifte in einer weit über der sogenannten 'Grenzmenge' liegenden Menge (siehe dazu ÖJZ-LSK 1977/149 u.a.) an die im Urteil genannten Süchtigen, die wie er in der 'Suchtgiftszene' verkehrten (S. 33, 39

d.A.), eine real in Betracht zu ziehende Gefahrenlage geschaffen, wie sie zur Erfüllung des Tatbestandes nach § 12 Abs 1 SuchtgiftG. erforderlich ist. Hatte er doch bei diesen Personen, wie das Erstgericht ersichtlich annahm (S. 107 d.A.), ebensowenig Gelegenheit, die der 'Szene' immanente Gefahr einer breiten Streuung des sohin in erheblichen, zur Herbeiführung der bezeichneten Gefahr geeigneten Mengen in Umlauf gelangten Suchtgiftes an einen größeren Personenkreis abzugrenzen, wie dies bei den (mit dem vorliegenden Tatgeschehen nur in zeitlichem Zusammenhang stehenden) Verkäufen von weiteren 8 Gramm Heroin an Unbekannte der Fall war, bezüglich deren er mit dem bereits oben erwähnten Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien wegen des § 6 Abs 1 SuchtgiftG. (alt) abgesondert bestraft worden ist. Daß die Zeugen B und C das vom Angeklagten erworbene Suchtgift nach dessen Vorstellungen selbst konsumieren würden, hat das Erstgericht nicht festgestellt.

Mit seinem diesbezüglichen Vorbringen in der Rechtsrüge weicht der Angeklagte daher vom Urteilssachverhalt ab, dem die gegenteilige Annahme zugrunde liegt. Insoweit wird daher die Beschwerde nicht zur gesetzmäßigen Darstellung gebracht.

Der unbegründeten Beschwerde war sohin ein Erfolg zu versagen. Aus Anlaß derselben vermochte sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon zu überzeugen, daß das Ersturteil im Ausspruch über die Vorhaftanrechnung mit einer sich zum Nachteil des Angeklagten auswirkenden, von ihm jedoch nicht geltendgemachten materiellen Nichtigkeit nach der Z. 11 des § 281 Abs 1 StPO. behaftet ist (§ 290 Abs 1 StPO.). Es wäre nämlich dem Angeklagten die Vorhaft nicht nur auf die gemäß § 12 Abs 1 SuchtgiftG. verhängte Freiheitsstrafe, sondern auch auf die nach § 12 Abs 4

SuchtgiftG. ausgesprochene Verfallersatzstrafe anzurechnen gewesen. Das Erstgericht nahm bei der Strafbemessung die einschlägigen Vorstrafen, die die Voraussetzungen des § 39

StGB. erfüllen, die Wiederholung der Taten während eines langen Deliktszeitraums, das Zusammentreffen von einem Verbrechen und einem Vergehen sowie die Gefährlichkeit der in Verkehr gesetzten Droge (Heroin) als erschwerend an, als mildernd wertete es dagegen das teilweise Geständnis.

Mit seiner Berufung strebt der Angeklagte eine Herabsetzung des Strafmaßes an.

Der Berufung kann Berechtigung nicht abgesprochen werden. Das Erstgericht hat zwar die vorliegenden Strafzumessungsgründe im wesentlichen zutreffend festgestellt, bei der Ausmessung der Strafe jedoch außer acht gelassen, daß der Angeklagte den Großteil der strafbaren Handlungen bereits vor seiner am 6. März 1979 zu AZ. 6 a Vr 10057/78, Hv 14/79 des Landesgerichtes für Strafsachen Wien wegen § 6 Abs 1 SuchtgiftG. (alt), § 15 StGB. (rechtskräftig) erfolgten Verurteilung zu 18 Monaten Freiheitsstrafe begangen hat und nach der Entlassung aus der Strafhaft nur während eines relativ kurzen Zeitraumes straffällig geworden ist. Letzterer Umstand verbietet zwar die Anwendung der §§ 31, 40 StGB., doch kann in diesem Fall bei der Strafbemessung nicht darüber hinweggegangen werden, daß ein wesentlicher Teil der nunmehr zur Aburteilung gelangten Taten vor dem früheren Urteil verübt wurde und daß bei Bekanntsein dieser Taten eine Mitaburteilung seinerzeit möglich gewesen wäre (vgl. SSt. 42/45).

Vorliegend vermeinte nun der Oberste Gerichtshof in Berücksichtigung aller dieser Umstände mit einer Strafe in der Höhe von 15 Monaten das Auslangen finden zu können, weshalb über die Berufung wie aus dem Spruch ersichtlich zu erkennen war.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf die bezogene Gesetzesstelle.

### **Anmerkung**

E03467

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

ECLI:AT:OGH0002:1981:0090OS00106.81.1103.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_19811103\_OGH0002\_0090OS00106\_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)