

TE OGH 2008/10/21 11Os132/08h

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 21.10.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 21. Oktober 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher, Dr. Schwab, Mag. Lendl und Dr. Bachner-Foregger als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Gebert als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Drazen B***** wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Schöffengericht vom 6. Juni 2008, GZ 14 Hv 31/08x-108, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 21. Oktober 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher, Dr. Schwab, Mag. Lendl und Dr. Bachner-Foregger als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Gebert als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Drazen B***** wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Schöffengericht vom 6. Juni 2008, GZ 14 Hv 31/08x-108, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

In Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde und aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil - das in seinen Freisprüchen unberührt bleibt - aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung verwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf die Kassation des Strafausspruchs verwiesen.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch unbekämpft gebliebene Freisprüche enthält, wurde Drazen B***** des Verbrechens (erg: des Suchtgifthandels) nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (I), der Verbrechen (erg: des Suchtgifthandels) nach § 28a Abs 1 zweiter, dritter und fünfter Fall SMG, teilweise in Verbindung mit § 15 StGB (II), und der Vergehen nach § 27 Abs 1 erster, zweiter, dritter, vierter, fünfter und sechster Fall, Abs 2 Z 2 erster Halbsatz erster Fall SMG aF, teilweise in Verbindung mit § 15 StGB (III), schuldig erkannt. Mit dem angefochtenen Urteil, das auch unbekämpft gebliebene Freisprüche enthält, wurde Drazen B***** des Verbrechens (erg: des Suchtgifthandels) nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG (römisch eins), der Verbrechen (erg: des Suchtgifthandels) nach Paragraph 28 a, Absatz eins, zweiter, dritter und fünfter Fall SMG, teilweise in Verbindung mit

Paragraph 15, StGB (römisch II), und der Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, erster, zweiter, dritter, vierter, fünfter und sechster Fall, Absatz 2, Ziffer 2, erster Halbsatz erster Fall SMG aF, teilweise in Verbindung mit Paragraph 15, StGB (römisch III), schuldig erkannt.

Danach hat er im Zeitraum von Mitte 2004 bis 15. November 2007 in Graz und anderen Orten vorschriftswidrig Suchtgifte in wiederholten

Angriffen

I. in einer das 25-fache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen, indem errömischi eins. in einer das 25-fache der Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen, indem er

1. insgesamt 28.660 Gramm Marihuana abgesondert verfolgten, im Urteil namentlich genannten Personen gewinnbringend verkauft;

2. insgesamt 1.840 Gramm Marihuana dem abgesondert verfolgten Franz T***** und eine nicht näher bekannte Menge Marihuana dem abgesondert verfolgten Almaz H***** als Belohnung für ihre gewinnbringenden Suchtgiftverkäufe sowie zumindest 10 Gramm Marihuana dem abgesondert verfolgten Manuel K***** als Vermittlungsprovision „unentgeltlich“ sowie auch den abgesondert verfolgten Franz T*****, Almaz H*****, Manuel K***** und Philipp F***** (etwa im Zuge gemeinsamen Suchtgiftkonsums) unentgeltlich zur Verfügung stellte;

II. in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge ein- und ausgeführt sowie anderen überlassen, wobei es teilweise beim Versuch blieb, indem errömischi II. in einer die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) übersteigenden Menge ein- und ausgeführt sowie anderen überlassen, wobei es teilweise beim Versuch blieb, indem er

A)

1. 302 Stück amphetaminhältige Ecstasy-Tabletten, teils im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit abgesondert verfolgten Personen, von den Niederlanden nach Österreich transportierte;

2. am 11./12. August 2007 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit abgesondert verfolgten Personen 800 Stück amphetaminhältige Ecstasy-Tabletten und 200 Gramm amphetaminhältiges Speed von Bosnien über Kroatien und Slowenien über Spielfeld nach Österreich transportierte, wobei es hinsichtlich einer Menge von 400 Stück amphetaminhältigen Ecstasy-Tabletten und 200 Gramm Speed lediglich beim Versuch blieb [vgl allerdings US 13 f: bloß bestellt];

3. Anfang 2006 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten Florian S***** und weiteren Personen 5 Gramm Kokain von den Niederlanden nach Österreich transportierte;

4. zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt im Winter/Frühjahr 2006 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten Christian G***** 5 Gramm Kokain von den Niederlanden nach Österreich transportierte;

5. zu einem nicht näher bekannten Zeitpunkt im Winter/Frühjahr 2006 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit abgesondert verfolgten Personen weitere 5 Gramm Kokain von den Niederlanden nach Österreich transportierte;

6. im Zeitraum vom 12. November 2007 bis 14. November 2007 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit abgesondert verfolgten Personen weitere 8 Gramm Kokain von den Niederlanden nach Österreich transportierte;

7. Mitte 2007 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten Mladen S***** vom abgesondert verfolgten Daniel O***** erworbene 90 Gramm Kokain von Kiseljak/Bosnien über Kroatien und Slowenien nach Österreich transportierte;

B)

1. 800 Stück amphetaminhältige Ecstasy-Tabletten abgesondert verfolgten, im Urteil namentlich angeführten Personen gewinnbringend verkauft;

2. insgesamt 72 Gramm Kokain abgesondert verfolgten, im Urteil namentlich angeführten Personen gewinnbringend verkauft;

3. 15 Gramm Kokain dem abgesondert verfolgten Mladen S***** als Belohnung für seine Mithilfe beim

Suchtgiftschmuggel zu Punkt II A 7, 1 Gramm Kokain Philipp H***** unentgeltlich zur Verfügung stellte und 4,5 Gramm Kokain dem abgesondert verfolgten Almaz H***** zum Weiterverkauf übergab; 3. 15 Gramm Kokain dem abgesondert verfolgten Mladen S***** als Belohnung für seine Mithilfe beim Suchtgiftschmuggel zu Punkt römisch II A 7, 1 Gramm Kokain Philipp H***** unentgeltlich zur Verfügung stellte und 4,5 Gramm Kokain dem abgesondert verfolgten Almaz H***** zum Weiterverkauf übergab;

III. erworben, besessen, erzeugt, ein- und ausgeführt sowie anderen in der Absicht überlassen, sich durch die wiederkehrende Tathandlung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, wobei es teilweise beim Versuch geblieben ist, indem errömischi III. erworben, besessen, erzeugt, ein- und ausgeführt sowie anderen in der Absicht überlassen, sich durch die wiederkehrende Tathandlung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, wobei es teilweise beim Versuch geblieben ist, indem er

1. Marihuana und amphetaminhaltiges Speed von den abgesondert verfolgten Philipp F*****, „Stefan“ sowie weiteren nicht näher bekannten Personen teils kaufte, teils auch unentgeltlich (etwa im Zuge gemeinsamen Suchtgiftkonsums) zur Verfügung gestellt erhielt;

2. Kokain und Marihuana im Zuge des Konsums tatsächlich in Gewahrsam hatte,

3. amphetaminhaltiges Speed nicht näher bekannten Personen sowie dem abgesondert verfolgten Christian G***** gewinnbringend verkaufte;

4. 50 Stück Hanfpflanzen in der Wohnung des abgesondert verfolgten Manuel K***** in Kapfenberg im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit diesem zur Gewinnung von Marihuana anbaute und aufzog, wobei es beim Versuch geblieben ist;

5. insgesamt 30 Gramm Marihuana im Zuge der zu den Punkten II A 3., 4., 5. und 6. genannten Tathandlungen von den Niederlanden nach Österreich transportierte; 5. insgesamt 30 Gramm Marihuana im Zuge der zu den Punkten römisch II A 3., 4., 5. und 6. genannten Tathandlungen von den Niederlanden nach Österreich transportierte;

6. am 15. November 2007 14,9 Gramm Marihuana und 6,4 Gramm Kokain in seiner Bekleidung mit sich führte.

Rechtliche Beurteilung

Nur gegen die Schuldsprüche I 1, I 2, II A 1 und II B 1 richtet sich die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten aus § 281 Abs 1 Z 5, 5a, 9 „lit a bis c“ und 11 StPO. Nur gegen die Schuldsprüche römisch eins 1, römisch eins 2, römisch II A 1 und römisch II B 1 richtet sich die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten aus Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 5,, 5a, 9 „lit a bis c“ und 11 StPO.

Zutreffend macht die Rechtsrüge (der Sache nach Z 10) geltend, dass dem bekämpften Urteil - entgegen seit Jahren gefestigter, vom Schöffengericht dennoch unbeachtet gebliebener Judikatur (RIS-Justiz RS0111350) - Tatsachenfeststellungen zu den Reinsubstanzen der tatverfangenen Suchtgifte völlig fehlen. Die Ausführungen (in der rechtlichen Beurteilung), „dass bei Marihuana in durchschnittlicher Straßenqualität die Grenzmenge bei 1.000 Gramm liegt“ (US 22) und „gemäß § 28b SMG liegt die Grenzmenge bei amphetaminhaltigen Ecstasytabletten bei 600 Stück, bei amphetaminhaltigem Speed bei 100 Gramm sowie bei Kokain bei 37,5 Gramm“ (US 23), vermögen die ergangenen Schuldsprüche nichtigkeitsfrei nicht zu tragen. Der (ungerügte) Schuldspruch III 5 erfolgte rechtsirrig, weil die 30 Gramm Marihuana nach den Feststellungen (US 13, 15) in objektiver und subjektiver Tateinheit mit dem in den Schuldsprüchen II A 3 bis 6 genannten Kokainquanten von den Niederlanden nach Österreich verbracht wurden und somit nicht gesondert als weiteres Vergehen nach § 27 Abs 1 SMG erfasst hätten werden dürfen (RIS-JustizRS0087874; zum kontroversen Schriftum dazu vgl Hinterhofer in Hinterhofer/Rosbaud SMG § 28 Rz 33 ff). Zutreffend macht die Rechtsrüge (der Sache nach Ziffer 10,) geltend, dass dem bekämpften Urteil - entgegen seit Jahren gefestigter, vom Schöffengericht dennoch unbeachtet gebliebener Judikatur (RIS-Justiz RS0111350) - Tatsachenfeststellungen zu den Reinsubstanzen der tatverfangenen Suchtgifte völlig fehlen. Die Ausführungen (in der rechtlichen Beurteilung), „dass bei Marihuana in durchschnittlicher Straßenqualität die Grenzmenge bei 1.000 Gramm liegt“ (US 22) und „gemäß Paragraph 28 b, SMG liegt die Grenzmenge bei amphetaminhaltigen Ecstasytabletten bei 600 Stück, bei amphetaminhaltigem Speed bei 100 Gramm sowie bei Kokain bei 37,5 Gramm“ (US 23), vermögen die ergangenen Schuldsprüche nichtigkeitsfrei nicht zu tragen. Der (ungerügte) Schuldspruch römisch III 5 erfolgte rechtsirrig, weil die 30 Gramm Marihuana nach den Feststellungen (US 13, 15) in objektiver und subjektiver Tateinheit mit dem in den Schuldsprüchen römisch II A 3 bis 6 genannten Kokainquanten von den Niederlanden nach Österreich verbracht

wurden und somit nicht gesondert als weiteres Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, SMG erfasst hätten werden dürfen (RIS-Justiz RS0087874; zum kontroversen Schrifttum dazu vergleiche Hinterhofer in Hinterhofer/Rosbaud SMG Paragraph 28, Rz 33 ff).

Teils in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde, teils (hinsichtlich der davon nicht betroffenen Teile) aus deren Anlass (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO iVm § 281 Abs 1 Z 10 StPO) war wie aus dem Spruch ersichtlich zu entscheiden (§ 285e StPO), ohne dass es des Eingehens auf das übrige Vorbringen der Nichtigkeitsbeschwerde bedurft hätte. Teils in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde, teils (hinsichtlich der davon nicht betroffenen Teile) aus deren Anlass (Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz erster Fall StPO in Verbindung mit Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 10, StPO) war wie aus dem Spruch ersichtlich zu entscheiden (Paragraph 285 e, StPO), ohne dass es des Eingehens auf das übrige Vorbringen der Nichtigkeitsbeschwerde bedurft hätte.

Der Schulterspruch III wurde zur Gänze aufgehoben, um nach Wegfall des Punktes III 5 - den das Erstgericht zur Begründung der Anwendung des Tatzeitrechtes heranzog (US 24) - eine korrekte Subsumtion zu ermöglichen (§ 289 StPO). Der Schulterspruch römisch III wurde zur Gänze aufgehoben, um nach Wegfall des Punktes römisch III 5 - den das Erstgericht zur Begründung der Anwendung des Tatzeitrechtes heranzog (US 24) - eine korrekte Subsumtion zu ermöglichen (Paragraph 289, StPO).

Zum Günstigkeitsvergleich sei allgemein bemerkt:

§ 61 StGB ordnet nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung einen konkreten, fallbezogenen und umfassenden Günstigkeitsvergleich an, ohne dabei allerdings in die aktuelle Strafzumessung einzutreten (Leukauf/Steininger, Komm³ RN 8, 9, 12; Fabrizy, StPO9 Rz 2; Höpfel/U. Kathrein in WK² Rz 14 - alle zu § 61; RIS-Justiz RS0112940). Paragraph 61, StGB ordnet nach einhelliger Lehre und Rechtsprechung einen konkreten, fallbezogenen und umfassenden Günstigkeitsvergleich an, ohne dabei allerdings in die aktuelle Strafzumessung einzutreten (Leukauf/Steininger, Komm³ RN 8, 9, 12; Fabrizy, StPO9 Rz 2; Höpfel/U. Kathrein in WK² Rz 14 - alle zu Paragraph 61 ; RIS-Justiz RS0112940).

Im Bereich des Suchtmittelgesetzes ist also nicht bloß ein Vergleich der Tatbestände und Sanktionsdrohungen vorzunehmen, sondern sind insbesondere die Diversionsbestimmungen mitzubedenken (12 Os 102/08d).

Beim gegenständlichen Schuldvorwurf III müssten daher - wiewohl § 35 Abs 1 SMG ausscheidet (§ 27 Abs 3 erster Fall SMG) - die Voraussetzungen nach Abs 2 leg cit in Betracht gezogen werden: nach Lage des Falles käme eine derartige Diversion allerdings aus den spezialpräventiven Gründen des § 35 Abs 2 Z 3 SMG nicht in Frage, weil der Angeklagte schon 2006 und 2007 nach § 27 Abs 1 SMG aF verurteilt wurde und bereits am Tag der letzten Sanktionierung neuerlich einschlägig delinquierte (Schulterspruch III 6.; US 10). Mit seiner Berufung war der Angeklagte auf die Aufhebung des Strafausspruches zu verweisen. Beim gegenständlichen Schuldvorwurf römisch III müssten daher - wiewohl Paragraph 35, Absatz eins, SMG ausscheidet (Paragraph 27, Absatz 3, erster Fall SMG) - die Voraussetzungen nach Absatz 2, leg cit in Betracht gezogen werden: nach Lage des Falles käme eine derartige Diversion allerdings aus den spezialpräventiven Gründen des Paragraph 35, Absatz 2, Ziffer 3, SMG nicht in Frage, weil der Angeklagte schon 2006 und 2007 nach Paragraph 27, Absatz eins, SMG aF verurteilt wurde und bereits am Tag der letzten Sanktionierung neuerlich einschlägig delinquierte (Schulterspruch römisch III 6.; US 10). Mit seiner Berufung war der Angeklagte auf die Aufhebung des Strafausspruches zu verweisen.

Anmerkung

E8897011Os132.08h

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2008:0110OS00132.08H.1021.000

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2009

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