

# TE OGH 2004/3/11 120s124/03

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.03.2004

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 11. März 2004 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schindler als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Holzweber, Dr. Philipp, Dr. Schwab und Dr. Lässig als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Kainz als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Bayram E\*\*\*\*\* wegen der teils vollendeten, teils versuchten Verbrechen nach §§ 28 Abs 2 erster und vierter Fall, Abs 3 erster Fall SMG und 15 StGB, teilweise als Beteiligter nach § 12 dritter Fall StGB, und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 1. Oktober 2003, GZ 043 Hv 89/03a-34, und über die Beschwerde (§ 498 Abs 3 Satz 3 StPO) des Erstgenannten gegen den Beschluss gemäß § 494a Abs 1 Z 4, Abs 4 StPO nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 11. März 2004 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Schindler als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Holzweber, Dr. Philipp, Dr. Schwab und Dr. Lässig als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Kainz als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Bayram E\*\*\*\*\* wegen der teils vollendeten, teils versuchten Verbrechen nach Paragraphen 28, Absatz 2, erster und vierter Fall, Absatz 3, erster Fall SMG und 15 StGB, teilweise als Beteiligter nach Paragraph 12, dritter Fall StGB, und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 1. Oktober 2003, GZ 043 Hv 89/03a-34, und über die Beschwerde (Paragraph 498, Absatz 3, Satz 3 StPO) des Erstgenannten gegen den Beschluss gemäß Paragraph 494 a, Absatz eins, Ziffer 4,, Absatz 4, StPO nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde und aus deren Anlass werden das angefochtene Urteil, das im Schuldspruch B und im Einziehungserkenntnis unberührt bleibt, in den Schuldsprüchen A und C sowie demzufolge im Strafausspruch ebenso wie der Beschluss nach § 494a Abs 1 Z 4 StPO aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen. In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde und aus deren Anlass werden das angefochtene Urteil, das im Schuldspruch B und im Einziehungserkenntnis unberührt bleibt, in den Schuldsprüchen A und C sowie demzufolge im Strafausspruch ebenso wie der Beschluss nach Paragraph 494 a, Absatz eins, Ziffer 4, StPO aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen. Mit seiner Berufung und Beschwerde wird der Angeklagte ebenso wie die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung auf diese Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Bayram E\*\*\*\*\* (zu A) "des teils vollendeten, teils versuchten Verbrechens nach den §§ 28 Abs 2 und 3 SMG und 15 StGB, teilweise als Beteiligter nach § 12 StGB" sowie (zu B und C) der Vergehen nach § 27 Abs 1 SMG und der versuchten falschen Beweisaussage vor einer Verwaltungsbehörde als Beteiligter nach §§ 12, 15, 289 StGB schuldig erkannt. Mit dem angefochtenen Urteil wurde Bayram E\*\*\*\*\* (zu A) "des teils vollendeten, teils versuchten Verbrechens nach den Paragraphen 28, Absatz 2 und 3 SMG und 15 StGB, teilweise als Beteiligter nach Paragraph 12, StGB" sowie (zu B und C) der Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, SMG und der versuchten falschen Beweisaussage vor einer Verwaltungsbehörde als Beteiligter nach Paragraphen 12,, 15, 289 StGB schuldig erkannt.

Danach hat er - soweit für das Rechtsmittelverfahren von Belang - (zu ergänzen: in Wien)

"den bestehenden Vorschriften (SMG) zuwider Suchtgifte A./ in einer großen Menge gewerbsmäßig in Verkehr gesetzt, dazu beigetragen sowie zu erzeugen versucht, indem er

1./ der abgesondert verfolgten Nicole H\*\*\*\*\* in der Zeit von Ende 2002 bis Mai 2003 insgesamt rund 30 Gramm Heroin und rund 20 Subotextabletten überließ bzw verkaufte,

2./ der abgesondert verfolgten Andrea V\*\*\*\*\* im Jänner und Februar 2003 ca 3 Gramm Heroin verkaufte bzw überließ und in der Zeit vom 2. Juni bis 6. Juli 2003 insgesamt 1,5 Gramm Heroin und 10 Subotextabletten verkaufte,

3./ im Jahre 2003 zumindest während eines Zeitraumes von zwei bis drei Wochen nicht mehr feststellbare Mengen Heroins Unbekannten verkauft,

4./ im Februar 2003 Andrea V\*\*\*\*\* mit dem abgesondert verfolgten Alex C\*\*\*\*\* zwecks Heroerverkaufes bekannt machte, wobei dieser der Andrea V\*\*\*\*\* in der Folge bis Mai 2003 insgesamt rund 55 Gramm Heroin verkaufte,

5./ Ende 2002 und im Frühjahr 2003 bis 6. Juli 2003 in seiner Wohnung zahlreiche Haschischpflanzen zwecks Konsums der Pflanzen großzog;

...

C./ etwa Anfang Juli 2003 die abgesondert verfolgten Nicole H\*\*\*\*\* und Andrea V\*\*\*\*\* zu bestimmen versucht, vor einer Verwaltungsbehörde, nämlich dem KK-Zentrum Ost als Zeuge bei ihrer förmlichen Vernehmung zur Sache falsch auszusagen, indem er sie anwies, unrichtige Angaben über den Grund seiner telefonischen Kontakte zu Alex C\*\*\*\*\* zu machen und keine ihn betreffenden Angaben im Zusammenhang mit Suchtgift zu tätigen."

### **Rechtliche Beurteilung**

Die gegen dieses Urteil aus § 281 Abs 1 Z 5, Z 9 [lit] a StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist teilweise im Recht, allerdings - soweit sie sich formell auch auf die Schuldspruchpunkte B und C erstreckt - mangels näherer Substantiierung einer sachlichen Erwiderng nicht zugänglich und als nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt in diesem Umfang zurückzuweisen (§§ 285 Abs 1, 285a Z 2 StPO). Die gegen dieses Urteil aus Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 5., Ziffer 9, [lit] a StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist teilweise im Recht, allerdings - soweit sie sich formell auch auf die Schuldspruchpunkte B und C erstreckt - mangels näherer Substantiierung einer sachlichen Erwiderng nicht zugänglich und als nicht prozessordnungsgemäß ausgeführt in diesem Umfang zurückzuweisen (Paragraphen 285, Absatz eins,, 285a Ziffer 2, StPO).

Nominell gestützt auf Z 9 lit a, der Sache nach aus Z 10 rügt der Beschwerdeführer - beschränkt auf den Schuldspruchpunkt A./4./ - im Ergebnis zutreffend, dass den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen ist, ob der Angeklagte es zumindest ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand, die Weitergabe einer großen Suchtgiftmenge, bezogen auf die Reinsubstanz (§ 28 Abs 6 SMG), zu fördern, sei es in Form einer einmaligen Suchtgiftübergabe durch Alex C\*\*\*\*\*, sei es durch wiederholte Weitergaben jeweils die Grenzmenge für sich allein nicht erreichender Suchtgiftportionen, die von einem auf sukzessive Tatverwirklichung gerichteten Additionsvorsatz getragen waren. Das sonstige gegen die Verurteilung nach § 28 SMG gerichtete Beschwerdevorbringen bedarf keiner Erörterung, da der Schuldspruch wegen des teils versuchten, teils vollendeten Verbrechens nach § 28 Abs 2 erster und vierter Fall, Abs 3 erster Fall SMG, § 15 StGB mit weiteren vom Beschwerdeführer nicht geltend gemachten Feststellungsmängeln (Z 10) zur großen Menge im Sinne des § 28 Abs 6 SMG behaftet ist, welche sich zum Nachteil des Angeklagten auswirken und demgemäß aus Anlass dessen Nichtigkeitsbeschwerde gemäß § 290 Abs 1 Satz 2 erster

Fall StPO von Amts wegen aufzugreifen sind: Nominell gestützt auf Ziffer 9, Litera a., der Sache nach aus Ziffer 10, rügt der Beschwerdeführer - beschränkt auf den Schuldspruchpunkt A./4./ - im Ergebnis zutreffend, dass den Entscheidungsgründen nicht zu entnehmen ist, ob der Angeklagte es zumindest ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand, die Weitergabe einer großen Suchtgiftmenge, bezogen auf die Reinsubstanz (Paragraph 28, Absatz 6, SMG), zu fördern, sei es in Form einer einmaligen Suchtgiftübergabe durch Alex C\*\*\*\*\*, sei es durch wiederholte Weitergaben jeweils die Grenzmenge für sich allein nicht erreichender Suchtgiftportionen, die von einem auf sukzessive Tatverwirklichung gerichteten Additionsvorsatz getragen waren. Das sonstige gegen die Verurteilung nach Paragraph 28, SMG gerichtete Beschwerdebringen bedarf keiner Erörterung, da der Schuldspruch wegen des teils versuchten, teils vollendeten Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2, erster und vierter Fall, Absatz 3, erster Fall SMG, Paragraph 15, StGB mit weiteren vom Beschwerdeführer nicht geltend gemachten Feststellungsmängeln (Ziffer 10,) zur großen Menge im Sinne des Paragraph 28, Absatz 6, SMG behaftet ist, welche sich zum Nachteil des Angeklagten auswirken und demgemäß aus Anlass dessen Nichtigkeitsbeschwerde gemäß Paragraph 290, Absatz eins, Satz 2 erster Fall StPO von Amts wegen aufzugreifen sind:

Die Tatrichter unterließen nämlich auch Feststellungen zur subjektiven Tatseite hinsichtlich des unter Punkt A./1./ bis 3./ inkriminierten, in Teilmengen erfolgten Inverkehrsetzens von insgesamt zumindest 34,5 Gramm Heroin mit einem Reinheitsgrad von 10 % (US 10) und von 30 nicht näher konkretisierte Morphinmengen enthaltenden (US 5) Subotex-Tabletten. Dem Ersturteil ist nicht zu entnehmen, ob das wiederholte teils entgeltliche, teils unentgeltliche Überlassen von die große Menge nach § 28 Abs 6 SMG, bezogen auf die Reinsubstanz, jeweils nicht erreichenden Suchtgiftquanten von einem von vornherein eine kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfassenden Vorsatz getragen war. Da die im Einzelnen in Verkehr gesetzten Teilmengen nur bei Vorliegen eines solchen Additionsvorsatzes zu einer oder mehreren großen Mengen zusammengerechnet werden dürfen und nur unter dieser Prämisse das als tatbestandliche Handlungseinheit im Sinne einer fortlaufenden Tatbestandsverwirklichung begangene Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG angelastet werden könnte (jüngst 15 Os 154/03 uva), mangelt es an - im gegenständlichen Beweisverfahrens deutlich indizierten - Feststellungen für die Subsumtion des zu A./1./ bis 3./ inkriminierten Inverkehrsetzens von Heroin und Subotex-Tabletten (zu letzteren fehlt überdies jedweder Anhaltspunkt zu Art und Reinsubstanz der enthaltenen Morphine), allenfalls auch des zu A./4./ vom Beschwerdeführer geförderten Heroinverkaufes unter § 28 Abs 2 vierter Fall SMG. Die allgemeinen rechtlichen Ausführungen des Erstgerichtes zur Möglichkeit der Verwirklichung des Verbrechens nach § 28 Abs 2, Abs 3 erster Fall SMG auch in Teilakten (US 9), "sofern der Additionseffekt vom Vorsatz des Täters umfasst ist", vermögen fallbezogene Konstatierungen, dass ein solcher Vorsatz tatsächlich vorlag, ebenso wenig ersetzen wie die (unter Verwendung des Gesetzeswortlautes) alle Tatbestandsmerkmale enthaltende Formulierung des Urteilspruches (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 580 sowie neuerlich 15 Os 154/03 uva).

Die Tatrichter unterließen nämlich auch Feststellungen zur subjektiven Tatseite hinsichtlich des unter Punkt A./1./ bis 3./ inkriminierten, in Teilmengen erfolgten Inverkehrsetzens von insgesamt zumindest 34,5 Gramm Heroin mit einem Reinheitsgrad von 10 % (US 10) und von 30 nicht näher konkretisierte Morphinmengen enthaltenden (US 5) Subotex-Tabletten. Dem Ersturteil ist nicht zu entnehmen, ob das wiederholte teils entgeltliche, teils unentgeltliche Überlassen von die große Menge nach Paragraph 28, Absatz 6, SMG, bezogen auf die Reinsubstanz, jeweils nicht erreichenden Suchtgiftquanten von einem von vornherein eine kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfassenden Vorsatz getragen war. Da die im Einzelnen in Verkehr gesetzten Teilmengen nur bei Vorliegen eines solchen Additionsvorsatzes zu einer oder mehreren großen Mengen zusammengerechnet werden dürfen und nur unter dieser Prämisse das als tatbestandliche Handlungseinheit im Sinne einer fortlaufenden Tatbestandsverwirklichung begangene Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG angelastet werden könnte (jüngst 15 Os 154/03 uva), mangelt es an - im gegenständlichen Beweisverfahrens deutlich indizierten - Feststellungen für die Subsumtion des zu A./1./ bis 3./ inkriminierten Inverkehrsetzens von Heroin und Subotex-Tabletten (zu letzteren fehlt überdies jedweder Anhaltspunkt zu Art und Reinsubstanz der enthaltenen Morphine), allenfalls auch des zu A./4./ vom Beschwerdeführer geförderten Heroinverkaufes unter Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG. Die allgemeinen rechtlichen Ausführungen des Erstgerichtes zur Möglichkeit der Verwirklichung des Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2,, Absatz 3, erster Fall SMG auch in Teilakten (US 9), "sofern der Additionseffekt vom Vorsatz des Täters umfasst ist", vermögen fallbezogene Konstatierungen, dass ein solcher Vorsatz tatsächlich vorlag, ebenso wenig ersetzen wie die (unter Verwendung des Gesetzeswortlautes) alle Tatbestandsmerkmale enthaltende Formulierung des Urteilspruches (Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 580 sowie neuerlich 15 Os 154/03 uva).

Im Hinblick auf die bisherigen Ausführungen ist (derzeit) auch einer Beurteilung des inkriminierten Verhaltens nach § 28 Abs 3 erster Fall SMG der Boden entzogen. Im Hinblick auf die bisherigen Ausführungen ist (derzeit) auch einer Beurteilung des inkriminierten Verhaltens nach Paragraph 28, Absatz 3, erster Fall SMG der Boden entzogen.

Zum gesondert zu beurteilenden Vorwurf der versuchten Erzeugung von Cannabiskraut (A./5./) durch Aufzucht von Haschischpflanzen fehlen ebenfalls jegliche Feststellungen zu der vom Angeklagten vorsätzlich zu produzieren gesuchten THC-Menge. Diese kann insbesondere nicht aus einer angestrebten Ernte von 2 bis 3 kg Cannabiskraut (US 6) erschlossen werden, da eine gehaltliche Untersuchung der am 6. Juli 2003 sichergestellten Pflanzen (S 89, 119) nicht erfolgte, der mögliche THC-Gehalt von 0,25 % bis 8 % reicht (Foregger/Litzka/Matzka SMG VII S 528) und unter Zugrundelegung der für den Angeklagten jeweils günstigsten Varianten die große Menge an Reinsubstanz von 20 Gramm nicht vorläge. Zum gesondert zu beurteilenden Vorwurf der versuchten Erzeugung von Cannabiskraut (A./5./) durch Aufzucht von Haschischpflanzen fehlen ebenfalls jegliche Feststellungen zu der vom Angeklagten vorsätzlich zu produzieren gesuchten THC-Menge. Diese kann insbesondere nicht aus einer angestrebten Ernte von 2 bis 3 kg Cannabiskraut (US 6) erschlossen werden, da eine gehaltliche Untersuchung der am 6. Juli 2003 sichergestellten Pflanzen (S 89, 119) nicht erfolgte, der mögliche THC-Gehalt von 0,25 % bis 8 % reicht (Foregger/Litzka/Matzka SMG römisch VII S 528) und unter Zugrundelegung der für den Angeklagten jeweils günstigsten Varianten die große Menge an Reinsubstanz von 20 Gramm nicht vorläge.

Nach nunmehr bereits ständiger Judikatur (12 Os 3/03; 13 Os 169/01, 131/02; 15 Os 138/01, 82/03, 154/03; vgl Ratz aaO § 289 Rz 18) hatte die Kassation des Schuldspruches zu A./ ohne Möglichkeit der Berücksichtigung jener - nicht zum Schuldspruch im engeren Sinn (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) gehörenden (Ratz aaO § 281 Rz 266, 581 ff) - Annahmen, die einen Schuldspruch nach § 27 SMG tragen könnten, zu erfolgen. Nach nunmehr bereits ständiger Judikatur (12 Os 3/03; 13 Os 169/01, 131/02; 15 Os 138/01, 82/03, 154/03; vergleiche Ratz aaO Paragraph 289, Rz 18) hatte die Kassation des Schuldspruches zu A./ ohne Möglichkeit der Berücksichtigung jener - nicht zum Schuldspruch im engeren Sinn (Paragraph 260, Absatz eins, Ziffer 2, StPO) gehörenden (Ratz aaO Paragraph 281, Rz 266, 581 ff) - Annahmen, die einen Schuldspruch nach Paragraph 27, SMG tragen könnten, zu erfolgen.

Überdies musste von Amts wegen (§ 290 Abs 1 Satz 2 erster Fall StPO iVm § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO) der Schuldspruch zu C./ kassiert werden, weil dazu in den allein relevanten Entscheidungsgründen des Ersturteils jegliche Feststellungen fehlen und das Mindestmaß an Tatsachensubstrat für die Prüfung des objektiven und subjektiven Tatbestandes auch den beweismäßigenden Erwägungen zu diesen Fakten (US 7, 8) nicht zu entnehmen ist. Überdies musste von Amts wegen (Paragraph 290, Absatz eins, Satz 2 erster Fall StPO in Verbindung mit Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 9, Litera a, StPO) der Schuldspruch zu C./ kassiert werden, weil dazu in den allein relevanten Entscheidungsgründen des Ersturteils jegliche Feststellungen fehlen und das Mindestmaß an Tatsachensubstrat für die Prüfung des objektiven und subjektiven Tatbestandes auch den beweismäßigenden Erwägungen zu diesen Fakten (US 7, 8) nicht zu entnehmen ist.

Da eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in den aufgehobenen Schuldspruchteilen noch nicht einzutreten hat und die Anordnung einer neuen Hauptverhandlung nicht zu vermeiden ist, war - neben der teilweisen Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde - unter Verweisung der Rechtsmittelwerber darauf spruchgemäß nach § 285e StPO vorzugehen. Da eine Entscheidung des Obersten Gerichtshofes in den aufgehobenen Schuldspruchteilen noch nicht einzutreten hat und die Anordnung einer neuen Hauptverhandlung nicht zu vermeiden ist, war - neben der teilweisen Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde - unter Verweisung der Rechtsmittelwerber darauf spruchgemäß nach Paragraph 285 e, StPO vorzugehen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 390a Abs 1 StPO. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO.

#### **Anmerkung**

E72479 12Os124.03

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

ECLI:AT:OGH0002:2004:0120OS00124.03.0311.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20040311\_OGH0002\_0120OS00124\_0300000\_000

---

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

© 2025 JUSLINE

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

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