

# TE OGH 2018/1/18 12Os99/17a

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.01.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 18. Jänner 2018 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte und die Hofrättinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé, Dr. Oshidari, Dr. Michel-Kwapinski und Dr. Brenner in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Ettel als Schriftführerin in der Strafsache gegen Radomir M\*\*\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 3 SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Angeklagten Nicola Ma\*\*\*\*\* sowie über die Berufungen des Angeklagten Nikola M\*\*\*\*\* und der Staatsanwaltschaft hinsichtlich dieses Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Salzburg als Schöffengericht vom 7. April 2017, GZ 41 Hv 5/17t-177, sowie über die Beschwerden des Angeklagten Nikola M\*\*\*\*\* und der Staatsanwaltschaft hinsichtlich dieses Angeklagten gegen unter einem gefasste Beschlüsse gemäß § 494a Abs 1 Z 2 und Z 4 StPO nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokurator, Generalanwältin MMag. Stani, des Angeklagten Nikola M\*\*\*\*\* sowie seines Verteidigers Mag. Kurt Jelinek und des Verteidigers von Nicola Ma\*\*\*\*\*, Mag. Jürgen Pföstl

I./ zu Recht erkannt:

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft wird verworfen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Beurteilung der den Angeklagten Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* zu 1./ des Schuldentspruchs angelasteten Tathandlungen als jeweils mehrere Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG, demzufolge auch in den diese Angeklagten betreffenden Strafaussprüchen (einschließlich der Vorhaftanrechnung) aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

1./ Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* haben zu 1./ des Schuldentspruchs jeweils das Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG begangen.

Zur Strafneubemessung hinsichtlich dieser Angeklagten wird die Sache an das Landesgericht Salzburg verwiesen.

2./ Den Berufungen des Angeklagten Nikola M\*\*\*\*\* und der Staatsanwaltschaft wird nicht Folge gegeben.

II./ den Beschluss gefasst:

## Spruch

1./ Der Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen das Absehen vom Widerruf der dem Angeklagten Nikola M\*\*\*\*\* zu AZ 47 Hv 86/14v des Landesgerichts Salzburg gewährten bedingten Strafnachsicht wird nicht Folge gegeben.

2./ Mit seiner Beschwerde gegen den Widerruf bedingter Strafnachsicht im Verfahren AZ 41 Hv 49/15k des Landesgerichts Salzburg wird der Angeklagte Nikola M\*\*\*\*\* auf die Aufhebung des Strafausspruchs in diesem Verfahren mit Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 11. Oktober 2017 zu 13 Os 113/17t, 13 Os 114/17i

verwiesen.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch rechtskräftige Schultersprüche und Freisprüche der Angeklagten Nikola M\*\*\*\*\*\*, Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* sowie rechtskräftige Freisprüche der Angeklagten Radomir M\*\*\*\*\*\*, Ionela O\*\*\*\*\* und Nicola Ma\*\*\*\*\* enthält, wurde – soweit für das Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde relevant – Nicola Ma\*\*\*\*\* vom Vorwurf, er habe am 20. Oktober 2016 „in S\*\*\*\*\* und andernorts“ den Polizeibeamten Michael J\*\*\*\*\* mit Gewalt, nämlich durch Versetzen eines Stoßes, an einer Amtshandlung, nämlich an einer Personenkontrolle, zu hindern versucht (Punkt 6./ der Anklageschrift ON 72), gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen.

## Rechtliche Beurteilung

Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 5 und Z 9 lit a StPO gestützte, explizit nur gegen diesen Freispruch gerichtete Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, der keine Berechtigung zukommt.

In ihrer Rechtsrügen (Z 9 lit a) weist die Nichtigkeitswerberin zwar zutreffend darauf hin, dass auch das Losreißen eines Angehaltenen – wenn es unter Aufbietung einiger Körperkraft erfolgt – als Tathandlung nach §

269 StGB eingestuft wird und lediglich überraschendes Losreißen ohne Anwendung gegen den Festhaltenden gerichteter Körperkraft bloß unter Ausnutzung einer Unaufmerksamkeit keine Gewaltanwendung darstellt (Danek in WK2 StGB § 269 Rz 58). Indem sie jedoch behauptet, dass im vorliegenden Fall eine nicht ganz unerhebliche Krafteinwirkung auf den Polizeibeamten zum Tragen gekommen sei, weil dieser effektiv einen Schritt zurück habe machen müssen, hält sie nicht an der Gesamtheit der tatrichterlichen Konstatierungen fest, wonach Art und Ausmaß der von Nicola Ma\*\*\*\*\* aufgewendeten Kraft nicht festgestellt werden konnten (US 12). Damit verfehlt sie den vom Gesetz geforderten, im Urteilssachverhalt gelegenen

Bezugspunkt materiell-rechtlicher Nichtigkeit (RIS-Justiz

RS0099810).

Angesichts der erwähnten Negativfeststellung zur Intensität der vom Tatgericht angenommenen kombinierten Stoß/Losreißbewegung lässt sich den Feststellungen nämlich nicht entnehmen, dass die Gewalteinwirkung so beschaffen war,

dass sie nach den Umständen des Falles geeignet ist, durch ihren Einsatz in der körperlichen Sphäre des Opfers als physische Krafteinwirkung empfunden zu werden sowie effektiv zu sein und solcherart bereits die von den Gesamtumständen der Tat und der Verkehrsauffassung abhängige Erheblichkeits- bzw Bagatellschwelle überschritten hat (vgl Danek in WK2 StGB § 269 Rz 54; Kienapfel/Schroll StudB BT I 4 § 105 Rz 22 und Rz 30, jeweils mwN).

Die von der Mängelrügen behauptete Undeutlichkeit (Z 5 erster Fall) der – im Übrigen auf die entsprechende Aussage des Zeugen Michael J\*\*\*\*\* (ON 176 S 7) gestützten – Urteilsannahme, dieser habe „automatisch“ einen Schritt zurück machen müssen (US 12), betrifft daher keine entscheidende Tatsache (zum Begriff: Ratz, WK-StPO § 281 Rz 399 ff).

Indem die Beschwerde aus den Angaben von Michael J\*\*\*\*\* für den Anklagestandpunkt günstigere Schlüsse zur Intensität der Gewaltanwendung abzuleiten trachtet als das Erstgericht, kritisiert sie nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehenen Schuldberufung unzulässig die tatrichterliche Beweiswürdigung.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Mit diesem Urteil wurden zudem

Nikola M\*\*\*\*\* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 3 SMG (1./), des Verbrechens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach § 28 Abs 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (2./), des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (3./), des Vergehens des schweren Betrugs nach §§ 15 Abs 1, 146, 147 Abs 2 StGB (4./) und des Vergehens nach § 50 Abs 1 WaffG idF vor BGBl I 2016/120 (5./)

sowie – soweit hier von Relevanz – Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* jeweils mehrerer Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (1./) schuldig erkannt.

Danach haben in S\*\*\*\*\* und andernorts

1./ vorschriftswidrig Suchtgift überlassen, und zwar Nikola M\*\*\*\*\*

a./ zu drei nicht näher bekannten Zeitpunkten zwischen Oktober 2015 und Mitte März 2016 insgesamt 1.500 Gramm Cannabisprodukte mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 10 % Delta-9-THC dem abgesondert verfolgten Alex K\*\*\*\*\* zum Preis von 5 Euro pro Gramm;

b./ am 13. Februar 2016 und am 28. Februar 2016 insgesamt 200 Gramm Cannabisprodukte mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 10 % Delta-9-THC dem Alex K\*\*\*\*\* zum Preis von 5 Euro pro Gramm;

c./ am 11. Oktober 2016 ca 6 Gramm Cannabisprodukte mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 4 % Delta-9-THC einem verdeckten Ermittler unentgeltlich;

d./ bei einer unbekannten Zahl von Suchtgiftübergaben zu nicht näher bekannten Zeitpunkten in der Zeit zwischen 25. März 2016 und 20. Oktober 2016 unbekannte Mengen Kokain (Wirkstoff: Cocain) mehreren unbekannten Suchtgiftabnehmern zu einem unbekannten Preis;

e./ gemeinsam mit Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* am 20. Oktober 2016 1.440 Gramm Cannabisprodukte mit einem Reinheitsgehalt von mehr als 14 % Delta-9-THC einem verdeckten Ermittler, wobei Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* dadurch einen Tatbeitrag iSd § 12 dritter Fall StGB leisteten, dass sie Nikola M\*\*\*\*\* durch ihre Anwesenheit am Tatort sowie durch das Leisten von Aufpasserdiensten bei der Übergabe des Suchtgifts in seinem Tatentschluss bestärkten und Nikola M\*\*\*\*\* die Tat unmittelbar ausführte,

womit Nikola M\*\*\*\*\* Suchtgift in einer die Grenzmenge um das 18,74-fache übersteigenden Menge überließ, Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* an der Überlassung von Suchtgift in einer die Grenzmenge um je das neunfache (richtig: zehnfache) übersteigenden Menge beteiligt waren;

2./ Nikola M\*\*\*\*\* an einem nicht näher bekannten Zeitpunkt vor dem 20. Oktober 2016 Suchtgift in Form von 272,70 Gramm Heroin brutto mit einem Wirkstoffgehalt von mehr als 120 Gramm Diacetylmorphin netto und mehr als 5,4 Gramm Monoacetylmorphin netto sowie 152,5 Gramm Kokain brutto mit einem Wirkstoffgehalt von mehr als 106 Gramm Reinsubstanz Cocain sowie mehr als 1.000 Gramm Cannabisprodukte mit einem Wirkstoffgehalt von zumindest 16 % Delta-9-THC, somit Suchtgift in einer die Grenzmenge mehr als 15-fach übersteigenden Menge, nämlich in einer das 162-fache übersteigenden Menge, erworben und bis zum 20. Oktober 2016 mit dem Vorsatz besessen, dass dieses in Verkehr gesetzt werde;

3./ Nikola M\*\*\*\*\* und Agron Kr\*\*\*\*\* zumindest von Sommer 2016 bis zum 20. Oktober 2016 vorschriftswidrig Suchtgift zum persönlichen Gebrauch in Form von geringen Mengen Heroin, Kokain und Cannabisprodukten erworben und bis zum jeweiligen Eigenkonsum oder bis zur Sicherstellung durch die Polizei besessen;

4./ Nikola M\*\*\*\*\* am 20. Oktober 2016 den verdeckten Ermittler mit dem Vorsatz, sich dadurch unrechtmäßig zu bereichern, durch die wahrheitswidrige Behauptung, dass es sich bei der übergebenen bzw der zu übergebenden Suchtgiftmenge um drei Kilogramm Cannabiskraut zum Gesamtpreis von 15.900 Euro handeln würde, zu täuschen versucht und dadurch zu einer Handlung, nämlich zur Übergabe von 15.900 Euro zu verleiten versucht, welche den verdeckten Ermittler als Suchtgiftabnehmer in einem 5.000 Euro übersteigenden Betrag am Vermögen schädigen sollte;

5./ Nikola M\*\*\*\*\* am 20. Oktober 2016 unbefugt eine Schusswaffe der Kategorie B, nämlich einen Revolver der Marke Smith & Wesson, besessen.

Zu Schulterspruchpunkt 1./e./ überzeugte sich der Oberste Gerichtshof von einer nicht aufgezeigten Nichtigkeit, welche darin liegt, dass Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* zu Unrecht mehrerer statt bloß eines Verbrechens nach §§ 12 zweiter Fall StGB, 28a Abs 1 fünfter Fall SMG schuldig erkannt wurden (§ 281 Abs 1 Z 10 [§ 290 Abs 1 zweiter Satz] StPO).

Während die Taten des Nikola M\*\*\*\*\* zu Recht dem Verbrechen nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 3 SMG unterstellt wurden, wurden Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* wegen des sonstigen Beitrags zur tateinheitlichen Überlassung von 1.440 Gramm Cannabisprodukten mit einem Reinheitsgehalt von mehr als 14 % Delta-9-THC, also einer das neunfache (richtig: zehnfache) der Grenzmenge übersteigenden Menge, jeweils mehrerer Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG schuldig erkannt.

Durch die zu 12 Os 21/17f ergangene Entscheidung eines verstärkten Senats des Obersten Gerichtshofs wurde klargestellt, dass der Ansatz, welcher auf exakter Abgrenzbarkeit einzelner Grenzmengen zueinander beruht, logisch nicht mehr gültig ist, weil das Wort „übersteigend“ keine Begrenzung nach oben zulässt und das Wort „eine“ – anders als vor BGBl I 2007/110 – nicht mehr als Zahlwort verstanden werden kann.

Demgemäß kann durch einmaliges Überlassen von Suchtgift in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge jedoch bis zum Erreichen der in § 28a Abs 2 Z 3 gezogenen Grenze das Verbrechen nach § 28a Abs 1 SMG – entgegen der bisherigen Rechtsprechung (RIS-Justiz RS0117463 [insbesondere T12]) – nur einmal verwirklicht werden.

Da nach der Aktenlage Konstatierungen, die einen Schulterspruch wegen des Beitrags zu mehreren Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall StGB tragen könnten, in einem weiteren Rechtsgang

nicht zu erwarten sind, war in der Sache selbst zu erkennen (vgl RIS-JustizRS0118545), dass Agron Kr\*\*\*\*\* und Aleksandar Mi\*\*\*\*\* zu 1./ des Schulterspruchs jeweils das Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG begangen haben.

Die Strafneubemessung in Ansehung dieser am Gerichtstag nicht anwesenden Angeklagten war dem Erstgericht zu überlassen.

Nikola M\*\*\*\*\* wurde zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Mit unter einem gefassten Beschluss wurde die ihm zu AZ 41 Hv 49/15k des Landesgerichts Salzburg gewährte bedingte Strafnachsicht gemäß § 494a Abs 1 Z 4 StPO widerrufen, vom Widerruf der weiteren bedingten Strafnachsicht zu AZ 47 Hv 86/14v des Landesgerichts Salzburg jedoch gemäß § 494a Abs 1 Z 2 StPO abgesehen.

Bei der Strafbemessung wertete das Erstgericht bei diesem Angeklagten als erschwerend die neun einschlägigen Vorstrafen, das Zusammentreffen mehrerer Verbrechen und Vergehen und die mehrfache Überschreitung der 15-fachen Grenzmenge zu Punkt 2./ des Schulterspruchs, als mildernd hingegen die überwiegend geständige Verantwortung, dass es teilweise beim Versuch geblieben ist, und dass Suchtgift sichergestellt wurde.

Die gegen diesen Strafausspruch erhobene Berufung des Angeklagten Nikola M\*\*\*\*\*, die auf eine Herabsetzung der Freiheitsstrafe sowie die Gewährung teilbedingter Nachsicht der Strafe zielt, ist ebenso wenig im Recht wie jene der Staatsanwaltschaft, die eine Erhöhung der Freiheitsstrafe anstrebt.

Mag dem Erstgericht auch insoweit ein Rechenfehler unterlaufen sein, dass es zu Punkt 2./ des Schulterspruchs von der Bruttomenge des sichergestellten Suchtgifts ausging und dem Angeklagten den Besitz von Suchtgift in einer die Grenzmenge um das 162-fache (US 3, 10), statt etwa das 56-fache übersteigenden Menge anlastete, so ändert dies nichts daran, dass die Tärichter zutreffend die mehrfache Überschreitung der 15-fachen Grenzmenge agravierend in Rechnung stellten (US 16).

Dass der Berufungswerber beabsichtigte, neben der Überlassung des besessenen Suchtgifts davon auch geringe Mengen selbst zu konsumieren, wurde vom Schöffengericht ohnedies als erwiesen angenommen (US 10).

Es ändert nichts an der Vorstrafenbelastung, dass der Angeklagte bislang lediglich zu Geldstrafen und zu bedingt nachgesenen Freiheitsstrafen verurteilt wurde. Dass er das Haftübel bisher noch nicht verspürt hat, berücksichtigten die erkennenden Richter ohnehin (US 16).

Das Motiv, sich durch die hier in Rede stehende Delinquenz Mittel zur Befriedigung der eigenen Sucht – jedoch nicht in dem von ihm in der Hauptverhandlung behaupteten Umfang (vgl US 15) – und im Hinblick auf Aufwendungen angesichts seines Gesundheitszustands zu verschaffen, verwirklicht keinen der Milderungstatbestände des § 34 StGB, ist aber im Rahmen der allgemeinen Grundsätze der Strafbemessung (insoweit§ 32 Abs 3 StGB) zu berücksichtigen.

Mag der Angeklagte auch bloß die mehrfache Weitergabe von Kokain in unbekannten Mengen (Schulterspruch 1./d./) geleugnet haben, so ändert dies nichts an der Einschätzung des Schöffensenats, dass er lediglich überwiegend und nicht „im Wesentlichen umfassend“ geständig war.

Da der Berufungswerber sein strafbares Verhalten jedenfalls bereits wenige Monate nach seiner letzten rechtskräftigen Verurteilung begonnen hat, ist der Einwand der Staatsanwaltschaft berechtigt, dass rascher Rückfall anzunehmen ist (RIS-Justiz RS0091509, RS0091386).

Auch die Begehung innerhalb offener Probezeit wäre bei der Gewichtung der persönlichen Schuld in Anschlag zu bringen gewesen (RIS-Justiz RS0090597).

Mit Blick auf die im Wesentlichen zutreffend angeführten Strafzumessungsgründe hatte das Erstgericht ausgehend von einem Strafrahmen von einem Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe jedoch eine tat- und schuldangemessene Sanktion verhängt, welche entgegen dem auf eine stärkere Berücksichtigung der Milderungsgründe dringenden Berufungsvorbringen des Angeklagten und entgegen dem Begehrten der Staatsanwaltschaft, insbesondere die Vorstrafenbelastung stärker zu berücksichtigen und auf die von ihr aufgezeigten Umstände Bedacht zu nehmen, keiner Korrektur bedurfte.

Von einer hohen Wahrscheinlichkeit, der Berufungswerber werde keine weiteren strafbaren Handlungen begehen, kann angesichts des belasteten Vorlebens keine Rede sein, sodass ein Vorgehen nach § 43a Abs 4 StGB ausschied.

Beiden Berufungen war daher ein Erfolg zu versagen.

Mit ihrer substratlosen Forderung, die vom Landesgericht Salzburg zu AZ 47 Hv 86/14v gewährte bedingte Strafnachsicht zu widerrufen, zeigt die Staatsanwaltschaft in ihrer Beschwerde keine Umstände auf, weshalb der Vollzug dieser viermonatigen Freiheitsstrafe zusätzlich zu der mehrjährigen, erstmals über den Angeklagten verhängten unbedingten Freiheitsstrafe geboten sein sollte, um ihn von weiteren strafbaren Handlungen abzuhalten. Der Beschwerde war daher keine Folge zu geben.

Die Beschwerde des Nikola M\*\*\*\*\* wendet sich gegen den Widerruf der bedingten Strafnachsicht im Verfahren AZ 41 Hv 49/15k des Landesgerichts Salzburg. Mit Entscheidung des Obersten Gerichtshofs vom 11. Oktober 2017 wurde jedoch zu 13 Os 113/17t, 13 Os 114/17i der Strafausspruch in diesem Verfahren aufgehoben. Mit diesem Rechtsmittel war daher der Angeklagte auf die genannte Entscheidung des Obersten Gerichtshofs zu verweisen.

**Textnummer**

E120595

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0120OS00099.17A.0118.000

**Im RIS seit**

15.02.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

13.02.2019

**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)