

# TE OGH 2018/3/13 110s117/17s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.03.2018

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 13. März 2018 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schwab als Vorsitzenden sowie die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Mag. Marek, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger und Mag. Fürnkranz und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Oberressl als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Albu als Schriftführer in der Strafsache gegen Ramez A\*\*\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 12 dritter Fall StGB; § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Genannten gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 8. Mai 2017, GZ 144 Hv 12/17s-111, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokuratur, Generalanwältin Mag. Sauter, LL.M., und der Verteidiger Mag. Rest und MMag. Schnarch, zu Recht erkannt:

## Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Strafausspruch des Ramez A\*\*\*\*\* (einschließlich der Vorhaftanrechnung) aufgehoben.

In diesen Umfang wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Wien verwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf die Kassation des davon betroffenen Ausspruchs verwiesen.

Ihm fallen die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch unbekämpft gebliebene Freisprüche enthält, wurden die Angeklagten

Ramez A\*\*\*\*\* des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach §§ 12 dritter Fall StGB, 27 Abs 1 Z 1 achter Fall SMG (II./) und „des“ Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (III./2./),

Mahmood M\*\*\*\*\* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 3 SMG (I./1./), des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 2 Z 3 SMG (I./3./) und des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG (III./1./),

Faisal K\*\*\*\*\* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 3 SMG (I./1./c./) und des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 2 Z 3 SMG (I./2./)

schuldig erkannt.

Danach haben in W\*\*\*\*\* und an anderen Orten

I./ vorschriftswidrig Suchtgift in einer das Fünfzehnfache der Grenzmenge übersteigenden Menge (§ 28b SMG), nämlich Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von zumindest 53,01 % Cocain

1./ anderen gewinnbringend durch Verkauf bzw kostenlos überlassen, und zwar

a./ Mahmood M\*\*\*\*\* am 19. September 2016 einem verdeckten Ermittler des Landeskriminalamts Wien ein Päckchen (0,3 Gramm brutto) kostenlos als Probe;

b./ Mahmood M\*\*\*\*\* am 22. September 2016 einem verdeckten Ermittler des Landeskriminalamts Wien ein Päckchen (0,8 Gramm brutto) zu einem Preis von 100 Euro;

c./ Mahmood M\*\*\*\*\* und Faisal K\*\*\*\*\* im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter (§ 12 StGB) am 14. Oktober 2016 einem verdeckten Ermittler des Landeskriminalamts Wien 431,6 Gramm netto, somit 228,79 Gramm Reinsubstanz Cocain, zu einem Preis von 35.000 Euro, indem sie das Suchtgift im Fahrzeug des verdeckten Ermittlers an diesen übergaben;

2./ Faisal K\*\*\*\*\* zwischen 4. und 14. Oktober 2016 431,6 Gramm netto, somit 228,79 Gramm Reinsubstanz Cocain, aus den Niederlanden aus- und nach Deutschland ein- sowie aus Deutschland aus- und nach Österreich eingeführt, indem er das Suchtgift mit einem Mietauto aus den Niederlanden nach Österreich transportierte, und

3./ „Mahmood M\*\*\*\*\* zwischen 4. und 14. Oktober 2016 Faisal K\*\*\*\*\* zu der unter I./2./ beschriebenen Handlung bestimmt (§ 12 zweiter Fall StGB)“;

II./ Ramez A\*\*\*\*\* zu der zu I./1./c./ beschriebenen Tat des Mahmood M\*\*\*\*\* und des Faisal K\*\*\*\*\* beigetragen, indem er während der Übergabe des Suchtgifts außerhalb des Fahrzeugs Aufpasserdienste leistete, um vor dem Eintreffen der Polizei zu warnen, wobei er es ernstlich für möglich hielt und sich damit abfand, dass im Wagen ein Suchtmittelgeschäft stattfindet, sich sein Vorsatz aber nicht auf eine die Grenzmenge überschreitende Menge an Suchtgift erstreckte;

III./ vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich Marihuana mit einem Wirkstoffgehalt von 1,8 % THCA und 0,2 % Delta-9-THC (Straßenqualität), zum ausschließlich persönlichen Gebrauch erworben und besessen, und zwar

1./ ...

2./ Ramez A\*\*\*\*\* seit Anfang des Jahres 2015 bis zu seiner Festnahme am 14. Oktober 2016 eine nicht mehr feststellbare Menge.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Angeklagte Ramez A\*\*\*\*\* bekämpft dieses Urteil mit einer auf § 281 Abs 1 Z 8, 9 lit a und 11 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, der – wie auch die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt – teilweise Berechtigung zukommt.

Aus Z 8 bringt der Beschwerdeführer vor, das Erstgericht habe zu II./ ohne vorangehende Information dieses Angeklagten eine von der Anklage (Mittäterschaft zu I./1./c./) abweichende rechtliche Beurteilung (im Sinn einer Beitragstäterschaft) vorgenommen, weil die Staatsanwaltschaft die angeführten Tathandlungen unter § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 3 SMG subsumiert (ON 72 S 2), während das Gericht diesbezüglich einen Schuldspruch nach § 12 dritter Fall StGB, § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall SMG gefällt habe. Dadurch sei die bei Änderung der Beteiligungsform analog anzuwendende Bestimmung des § 262 erster Satz StPO verletzt worden.

Die Beschwerde vernachlässigt, dass im konkreten Fall bereits die Anklageschrift – sowohl im Anklagetenor als auch in der mit diesem eine Einheit bildenden Begründung (ON 72 S 2 und S 7; RIS-Justiz RS0097672) – inhaltlich ausschließlich von Beitragshandlungen des Erstangeklagten Ramez A\*\*\*\*\* durch Leisten von Aufpasserdiensten ausging: „... während Ramez A\*\*\*\*\* und Ammar Ab\*\*\*\*\* vor bzw seitlich neben dem Fahrzeug standen und die Umgebung beobachteten, um vor dem Eintreffen der Polizei zu warnen“ ON 72 S 2; „währenddessen positionierte sich der Erstangeklagte vor dem Fahrzeug und der Viertangeklagte ... auf Höhe der C-Säule des Fahrzeugs; beide beobachteten akribisch die Umgebung und warfen sich Blicke und Gesten zu; ihre Aufgabe war es, die Fahrzeuginsassen vor eintreffenden Polizeibeamten zu warnen“ ON 72 S 7).

Damit unterscheidet sich das Strafurteil weder im Tatsächlichen noch im Rechtlichen von der in der Anklage inhaltlich zum Ausdruck gebrachten Beteiligungsform, weshalb das Beschwerdevorbringen, das bloß an die im Anklagetenor erfolgte Fehlbezeichnung des betreffenden Tatgeschehens anknüpft, ins Leere geht (vgl 11 Os 49/11g). Welche andere Verteidigungsstrategie der die ihm vorgeworfenen (Beitrags-)Handlungen bestreitende Nichtigkeitswerber (US 14 ff) bei einem Vorgehen gemäß § 262 StPO gewählt hätte, legt er zudem prozessordnungswidrig nicht dar (RIS-Justiz RS0113755 [T8] 11 Os 20/16z mwN).

Die gesetzmäßige Ausführung eines materiell-rechtlichen Nichtigkeitsgrundes hat das Festhalten am gesamten im Urteil festgestellten Sachverhalt, dessen Vergleich mit dem darauf anzuwendenden Gesetz und die Behauptung, dass das Erstgericht bei Beurteilung dieses Sachverhalts einem Rechtsirrtum unterlegen ist, zur Voraussetzung (RIS-Justiz RS0099810).

Indem die Rechtsrüge (Z 9 lit a) behauptet, zu III./2./ würden Feststellungen zu einem „auf ein Suchtgift iSd SMG“ bezogenen Vorsatz des Beschwerdeführers fehlen, übergeht sie den Gesamtzusammenhang der Urteilsannahmen. Danach hat der – insoweit geständige (US 17) – Beschwerdeführer eine nicht mehr feststellbare Menge Marihuana mit den Wirkstoffen Delta-9-THC und THCA erworben und besessen, um dieses selbst zu konsumieren, obwohl er wusste, dass Erwerb und Besitz von Suchtgift in Österreich verboten ist (US 12). Aus dem Gesamtkontext wollten die Tatrichter damit zweifelsfrei zum Ausdruck bringen, dass der Beschwerdeführer die Einstufung von Marihuana mit den erwähnten Wirkstoffen als Suchtgift kannte und dem Verbot von Erwerb und Besitz desselben vorsätzlich zuwiderhandelte (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 19).

Mit Recht kritisiert die Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall), dass das Erstgericht beim Strafausspruch eine für die Strafbemessung maßgebende entscheidende Tatsache offenbar unrichtig beurteilt hat, indem es den Milderungsgrund des ordentlichen Lebenswandels wegen vorangegangener diversioneller Erledigungen abgelehnt hat.

Das Schöffengericht hat die (gerichtliche; zum Begriff vgl§ 1 Abs 4 TilgG) Unbescholtenheit des Beschwerdeführers zwar formal als Milderungsgrund angeführt, jedoch aufgrund von zwei in der Vergangenheit erfolgten diversionellen Erledigungen (US 7) das Vorliegen eines ordentlichen Lebenswandels verneint, weil der Beschwerdeführer „bereits mehrfach – wenn auch bislang ohne Verurteilung – strafrechtlich in Erscheinung getreten ist und ihm zweimalig die Rechtswohltat einer diversionellen Erledigung zuteil wurde“ (US 23). Damit hat es dem Nichtigkeitswerber gerichtlich strafbares Verhalten ohne gesetzlichen Schuldnachweis (Art 6 Abs 2 MRK) unterstellt und der Sache nach allein aus diesem Grund die Heranziehung des Milderungsgrundes des § 34 Abs 1 Z 2 StGB abgelehnt. Damit wurde beim Ausspruch über die Strafe eine für die Strafbemessung entscheidende Tatsache offenbar unrichtig beurteilt (Z 11 zweiter Fall StPO; RIS-Justiz RS0130150).

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde war somit das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Strafausspruch des Ramez A\*\*\*\*\* (einschließlich der Vorhaftanrechnung) aufzuheben.

Ein Eingehen auf das weitere gegen den Sanktionsausspruch gerichtete Beschwerdevorbringen (Z 11 dritter Fall) erübrigt sich daher.

Zur Strafneubemessung war die Sache an das Erstgericht zu verweisen, weil der Angeklagte A\*\*\*\*\* zum Gerichtstag vor dem Obersten Gerichtshof nicht erschienen ist.

Mit seiner Berufung wegen des Ausspruchs über die Strafe war der Angeklagte auf die Kassation des Strafausspruchs zu verweisen.

Bleibt zur Anregung der Generalprokuratur, hinsichtlich der (rechtskräftig) verurteilten Mitangeklagten gemäß § 290 StPO vorzugehen, anzumerken:

Aus dem Gesamtkontext erkennbar wurde durch die – von den besonderen Erschwerungsgründen getrennte – Bezugnahme auf die Art und die „große Menge“ des überlassenen Suchtgifts (US 22) keine dem Verbot der Doppelverwertung widerstreitende aggravierende Wertung von bereits für die Strafdrohung maßgebenden Umständen vorgenommen (Z 11 zweiter Fall), sondern sinnfällig auf eine nach den allgemeinen Grundsätzen der Strafbemessung (§ 32 Abs 2, Abs 3 StGB) für die Gewichtung der personalen Täterschuld bedeutsame Tatsache hingewiesen, was bei bloß isolierter Betrachtung zwar nicht präzise, im Gesamtkontext jedoch unzweideutig zum Ausdruck kam. Einer amtswegigen Maßnahme bedurfte es sohin nicht.

Der Kostenausspruch beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

**Textnummer**

E121670

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2018:0110OS00117.17S.0313.000

**Im RIS seit**

15.06.2018

**Zuletzt aktualisiert am**

15.06.2018

**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)