

TE OGH 2023/11/23 120s122/23t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.11.2023

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 23. November 2023 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Solé als Vorsitzenden sowie die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Oshidari, Dr. Brenner, Dr. Haslwanter LL.M. und Dr. Sadoghi in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Besic in der Strafsache gegen S* B* und einen anderen Angeklagten wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Schöffengericht vom 11. Juli 2023, GZ 23 Hv 33/23v-79, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Mag. Schneider LL.M., des Angeklagten M* B* und seines Verteidigers Mag. Sandbichler zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 23. November 2023 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Solé als Vorsitzenden sowie die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Oshidari, Dr. Brenner, Dr. Haslwanter LL.M. und Dr. Sadoghi in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Besic in der Strafsache gegen S* B* und einen anderen Angeklagten wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Schöffengericht vom 11. Juli 2023, GZ 23 Hv 33/23v-79, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Mag. Schneider LL.M., des Angeklagten M* B* und seines Verteidigers Mag. Sandbichler zu Recht erkannt:

In Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde werden das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der Subsumtion der von den Schuldsprüchen A./3./ und A./4./ umfassten Taten unter § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall SMG in Ansehung des M* B*, demzufolge auch im diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung) sowie der Beschluss auf Widerruf einer bedingten Strafnachsicht aufgehoben und im Umfang der Aufhebung. In Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde werden das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der Subsumtion der von den Schuldsprüchen A./3./ und A./4./ umfassten Taten unter Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall SMG in Ansehung des M* B*, demzufolge auch im diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung) sowie der Beschluss auf Widerruf einer bedingten Strafnachsicht aufgehoben und im Umfang der Aufhebung

1./ in der Sache selbst erkannt:

M* B* hat durch die zu A./3./ und A./4./ gesetzten Handlungen das Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG begangen und wird hierfür sowie für die ihm nach dem unberührt gebliebenen Schuldspruch weiterhin zur Last liegenden strafbaren Handlungen des Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach § 28 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG (B./) und des Vergehens nach § 50 Abs 1 Z 3 WaffG (C./) unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB nach § 28a Abs 1 SMG zu einer Freiheitsstrafe von M* B* hat durch die zu A./3./ und A./4./ gesetzten Handlungen das Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG begangen und wird hierfür sowie

für die ihm nach dem unberührt gebliebenen Schuldspruch weiterhin zur Last liegenden strafbaren Handlungen des Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach Paragraph 28, Absatz eins, erster und zweiter Fall SMG (B./) und des Vergehens nach Paragraph 50, Absatz eins, Ziffer 3, WaffG (C./) unter Anwendung des Paragraph 28, Absatz eins, StGB nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG zu einer Freiheitsstrafe von

20 Monaten

verurteilt.

Gemäß § 38 Abs 1 Z 1 StGB wird die von 11. Jänner 2023, 7:45 Uhr, bis zum 11. Juli 2023, 17:32 Uhr, von ihm erlittene Vorhaft auf die verhängte Freiheitsstrafe angerechnet. Gemäß Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, StGB wird die von 11. Jänner 2023, 7:45 Uhr, bis zum 11. Juli 2023, 17:32 Uhr, von ihm erlittene Vorhaft auf die verhängte Freiheitsstrafe angerechnet.

Mit ihrer Berufung wird die Staatsanwaltschaft auf die Strafneubemessung verwiesen.

Dem Angeklagten M* B* fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

2./ der

Beschluss

gefasst:

Spruch

Gemäß § 494a Abs 1 Z 4 StPO wird die vom Landesgericht Innsbruck zu AZ 26 Hv 54/22b gewährte bedingte Strafnachsicht widerrufen. Gemäß Paragraph 494 a, Absatz eins, Ziffer 4, StPO wird die vom Landesgericht Innsbruck zu AZ 26 Hv 54/22b gewährte bedingte Strafnachsicht widerrufen.

Text

Gründe:

[1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde – soweit hier von Bedeutung – M* B* der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall SMG (A./3./ und A./4./), des Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach § 28 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG (B./) und „der“ Vergehen nach § 50 Abs 1 Z 3 WaffG (C./) schuldig erkannt. [1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde – soweit hier von Bedeutung – M* B* der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall SMG (A./3./ und A./4./), des Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach Paragraph 28, Absatz eins, erster und zweiter Fall SMG (B./) und „der“ Vergehen nach Paragraph 50, Absatz eins, Ziffer 3, WaffG (C./) schuldig erkannt.

[2] Danach hat er teilweise im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit zwei Mittätern von 1. September 2022 bis 11. Jänner 2023 in H*, I* und andernorts vorschriftswidrig Suchtgift erworben, besessen und anderen in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) mehrfach übersteigenden Menge überlassen, und zwar [2] Danach hat er teilweise im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit zwei Mittätern von 1. September 2022 bis 11. Jänner 2023 in H*, I* und andernorts vorschriftswidrig Suchtgift erworben, besessen und anderen in einer die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) mehrfach übersteigenden Menge überlassen, und zwar

A./1./ ...

A./2./ ...

A./3./ 40 Gramm Cannabiskraut an * P* und zwei Gramm Kokain an * Ba* überlassen;

A./4./ 540 Gramm Cannabiskraut mit einem Reinsubstanzgehalt von 2,1 % Delta-9-THC (11,34 Gramm Delta-9-THC; 0,56 Grenzmengen) und 10,4 % THCA (56,16 Gramm THCA; 1,4 Grenzmengen) an Unbekannte überlassen;

B./ nachgenannte Suchtgiftquanten erworben und mit dem Vorsatz besessen, dass davon ein die Grenzmenge nach § 28b SMG mehrfach übersteigender Teil in Verkehr gesetzt werde, und zwar 2,8 Kilogramm Cannabiskraut mit einem Reinsubstanzgehalt von 2,1 % Delta-9-THC (58,8 Gramm Delta-9-THC; 2,94 Grenzmengen) und 10,4 % THCA (291,2 Gramm THCA; 7,28 Grenzmengen), 33,1 Gramm Cannabisharz mit einem Reinsubstanzgehalt von 29 % Delta-9-THC (9,59 Gramm Delta-9-THC; 0,47 Grenzmengen) und 1,66 % THCA (0,5 Gramm THCA; 0,01 Grenzmengen), 7,2 Gramm Kokain mit einem Reinsubstanzgehalt von 71,3 % Cocain (5,13 Gramm Cocain; 0,34 Grenzmengen),

23,6 Gramm Kokain mit einem Reinsubstanzgehalt von 72,2 % Cocain (17,03 Gramm Cocain; 1,13 Grenzmengen), 39,7 Gramm Kokain mit einem Reinsubstanzgehalt von 67,1 % Cocain (26,63 Gramm Cocain; 1,77 Grenzmengen) und 1,6 Gramm Kokain mit einem Reinsubstanzgehalt von 60,1 % Cocain (0,96 Gramm Cocain; 0,06 Grenzmengen) – insgesamt sohin 14 Grenzmengen; B./ nachgenannte Suchtgiftquanten erworben und mit dem Vorsatz besessen, dass davon ein die Grenzmenge nach Paragraph 28 b, SMG mehrfach übersteigender Teil in Verkehr gesetzt werde, und zwar 2,8 Kilogramm Cannabiskraut mit einem Reinsubstanzgehalt von 2,1 % Delta-9-THC (58,8 Gramm Delta-9-THC; 2,94 Grenzmengen) und 10,4 % THCA (291,2 Gramm THCA; 7,28 Grenzmengen), 33,1 Gramm Cannabisharz mit einem Reinsubstanzgehalt von 29 % Delta-9-THC (9,59 Gramm Delta-9-THC; 0,47 Grenzmengen) und 1,66 % THCA (0,5 Gramm THCA; 0,01 Grenzmengen), 7,2 Gramm Kokain mit einem Reinsubstanzgehalt von 71,3 % Cocain (5,13 Gramm Cocain; 0,34 Grenzmengen), 23,6 Gramm Kokain mit einem Reinsubstanzgehalt von 72,2 % Cocain (17,03 Gramm Cocain; 1,13 Grenzmengen), 39,7 Gramm Kokain mit einem Reinsubstanzgehalt von 67,1 % Cocain (26,63 Gramm Cocain; 1,77 Grenzmengen) und 1,6 Gramm Kokain mit einem Reinsubstanzgehalt von 60,1 % Cocain (0,96 Gramm Cocain; 0,06 Grenzmengen) – insgesamt sohin 14 Grenzmengen;

C./ trotz aufrechten Waffenverbots (§ 12 WaffG) bis zum 11. Jänner 2023 in I* Waffen, nämlich ein Butterflymesser und zwei Dosen Pfefferspray unbefugt besessen. C./ trotz aufrechten Waffenverbots (Paragraph 12, WaffG) bis zum 11. Jänner 2023 in I* Waffen, nämlich ein Butterflymesser und zwei Dosen Pfefferspray unbefugt besessen.

Rechtliche Beurteilung

[3] Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 10 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft. [3] Dagegen richtet sich die auf Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 10, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft.

[4] Zutreffend reklamiert die Subsumtionsrüge (Z 10) das Vorliegen einer ausreichenden Sachverhaltsgrundlage für die rechtliche Unterstellung der Taten zu A./3./ und A./4./ unter § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG. [4] Zutreffend reklamiert die Subsumtionsrüge (Ziffer 10,) das Vorliegen einer ausreichenden Sachverhaltsgrundlage für die rechtliche Unterstellung der Taten zu A./3./ und A./4./ unter Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG.

[5] Das Erstgericht konstatierte zu A./3./, dass M* B* von 1. September 2022 bis 11. Jänner 2023 vorschriftswidrig 40 Gramm Cannabiskraut an P* und zwei Gramm Kokain an Ba*, „somit“ – vom bedingten Vorsatz des Angeklagten umfasst – Suchtgift „in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge“ anderen überließ (US 7, 9).

[6] Zu A./4./ stellten die Tatrichter fest, dass M* B* mit dem Mitangeklagten S* B* im selben Zeitraum 540 Gramm Cannabiskraut mit einem Reinsubstanzgehalt von 2,1 % Delta-9-THC (11,34 Gramm Delta-9-THC; 0,56 Grenzmengen) und 10,4 % THCA (56,16 Gramm THCA; 1,4 Grenzmengen) vorschriftswidrig in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge an Unbekannte überließ, wobei sie es ernstlich für möglich hielten und sich damit abfanden, das es sich um eine die Grenze übersteigende Menge handelte (US 9).

[7] Da die Verteidigung innerhalb der ihr insoweit eingeräumten Frist hinsichtlich der in Rede stehenden Feststellungen keine Begründungs- oder Verfahrensmängel oder erhebliche Bedenken deutlich und bestimmt bezeichnete und auch bei der diesbezüglichen amtswegigen Prüfung keine solchen Fehler zu Tage traten, waren diese Feststellungen der Entscheidung in der Sache selbst (§ 288 Abs 2 Z 3 erster Satz StPO) zugrunde zu legen (RIS-Justiz RS0114638 [T2]). Davon ausgehend ist – wie vom Erstgericht selbst eingeräumt (US 14 f) – rechtsrichtig von einer Tatbegehung in zwei Einzelakten bei einheitlicher Tatsituation und gleicher Motivationslage und damit von einer (mit Additionsvorsatz verübten, US 9; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 19) Tat nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG auszugehen. Die rechtliche Annahme des § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall SMG ist demnach verfehlt. [7] Da die Verteidigung innerhalb der ihr insoweit eingeräumten Frist hinsichtlich der in Rede stehenden Feststellungen keine Begründungs- oder Verfahrensmängel oder erhebliche Bedenken deutlich und bestimmt bezeichnete und auch bei der diesbezüglichen amtswegigen Prüfung keine solchen Fehler zu Tage traten, waren diese Feststellungen der Entscheidung in der Sache selbst (Paragraph 288, Absatz 2, Ziffer 3, erster Satz StPO) zugrunde zu legen (RIS-Justiz RS0114638 [T2]). Davon ausgehend ist – wie vom Erstgericht selbst eingeräumt (US 14 f) – rechtsrichtig von einer Tatbegehung in zwei Einzelakten bei einheitlicher Tatsituation und gleicher Motivationslage und damit von einer (mit Additionsvorsatz verübten, US 9; Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 19) Tat nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG auszugehen. Die rechtliche Annahme des Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall SMG ist demnach verfehlt.

[8] Bleibt anzumerken, dass im Fall des Besitzes mehrerer Waffen durch ein und dieselbe Tat (US 11) nur ein

Vergehen nach § 50 Abs 1 Z 3 WaffG verwirklicht wird (RIS-Justiz RS0130142 [T1]). Solcherart ist M* B* zu C./ bloß ein Vergehen nach § 50 Abs 1 Z 3 WaffG anzulasten (siehe aber US 4). Zu amtswegigem Vorgehen nach § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO sieht sich der Oberste Gerichtshof unter ausdrücklichem Hinweis auf die verfehlte Subsumtion mangels eines darüber hinausgehenden konkreten Nachteils für den Angeklagten nicht veranlasst. Angesichts einer derartigen Klarstellung besteht auch für den Obersten Gerichtshof bei der Entscheidung über die Strafneubemessung keine Bindung an den fehlerhaften Schuldspruch (RIS-Justiz RS0118870 [T24]). [8] Bleibt anzumerken, dass im Fall des Besitzes mehrerer Waffen durch ein und dieselbe Tat (US 11) nur ein Vergehen nach Paragraph 50, Absatz eins, Ziffer 3, WaffG verwirklicht wird (RIS-Justiz RS0130142 [T1]). Solcherart ist M* B* zu C./ bloß ein Vergehen nach Paragraph 50, Absatz eins, Ziffer 3, WaffG anzulasten (siehe aber US 4). Zu amtswegigem Vorgehen nach Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO sieht sich der Oberste Gerichtshof unter ausdrücklichem Hinweis auf die verfehlte Subsumtion mangels eines darüber hinausgehenden konkreten Nachteils für den Angeklagten nicht veranlasst. Angesichts einer derartigen Klarstellung besteht auch für den Obersten Gerichtshof bei der Entscheidung über die Strafneubemessung keine Bindung an den fehlerhaften Schuldspruch (RIS-Justiz RS0118870 [T24]).

[9] In Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur ist Urteilsaufhebung wie im Spruch ersichtlich die Folge. In diesem Umfang ist in der Sache selbst zu erkennen (§ 288 Abs 2 Z 3 erster Satz StPO). [9] In Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur ist Urteilsaufhebung wie im Spruch ersichtlich die Folge. In diesem Umfang ist in der Sache selbst zu erkennen (Paragraph 288, Absatz 2, Ziffer 3, erster Satz StPO).

[10] Bei der erforderlichen, nach dem Strafsatz des § 28a Abs 1 SMG vorzunehmenden, Strafneubemessung wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend das Zusammentreffen eines Verbrechens mit mehreren Vergehen (§ 33 Abs 1 Z 1 StGB), die Vielzahl der Angriffe und, dass M* B* schon einmal wegen auf gleicher schädlicher Neigung beruhender Taten verurteilt worden ist (Landesgericht Innsbruck, AZ 26 Hv 54/22b; § 33 Abs 1 Z 2 StGB). [10] Bei der erforderlichen, nach dem Strafsatz des Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG vorzunehmenden, Strafneubemessung wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend das Zusammentreffen eines Verbrechens mit mehreren Vergehen (Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer eins, StGB), die Vielzahl der Angriffe und, dass M* B* schon einmal wegen auf gleicher schädlicher Neigung beruhender Taten verurteilt worden ist (Landesgericht Innsbruck, AZ 26 Hv 54/22b; Paragraph 33, Absatz eins, Ziffer 2, StGB).

[11] Mildernd ist die teilweise objektive Schadensgutmachung durch Sicherstellung von Suchtgift zu werten (Riffel in WK2 StGB § 34 Rz 33). [11] Mildernd ist die teilweise objektive Schadensgutmachung durch Sicherstellung von Suchtgift zu werten (Riffel in WK2 StGB Paragraph 34, Rz 33).

[12] Davon ausgehend und unter Berücksichtigung des Umstands, dass das 15-fache der Grenzmenge des § 28b SMG gerade nicht überschritten wurde (vgl US 10; RIS-Justiz RS0088028 und RS0131986 [T1]), erweist sich eine Freiheitsstrafe im Ausmaß von 20 Monaten als tat- und schuldangemessen, wobei im Rahmen der allgemeinen Strafbemessung (§ 32 Abs 2 und 3 StGB) ferner als erschwerend zu berücksichtigen war, dass die Taten während offener Probezeit im raschen Rückfall begangen wurden (RIS-Justiz RS0090597, RS0091096 [T1]). [12] Davon ausgehend und unter Berücksichtigung des Umstands, dass das 15-fache der Grenzmenge des Paragraph 28 b, SMG gerade nicht überschritten wurde vergleiche US 10; RIS-Justiz RS0088028 und RS0131986 [T1]), erweist sich eine Freiheitsstrafe im Ausmaß von 20 Monaten als tat- und schuldangemessen, wobei im Rahmen der allgemeinen Strafbemessung (Paragraph 32, Absatz 2 und 3 StGB) ferner als erschwerend zu berücksichtigen war, dass die Taten während offener Probezeit im raschen Rückfall begangen wurden (RIS-Justiz RS0090597, RS0091096 [T1]).

[13] Der Gewährung auch bloß teilbedingter Strafnachsicht steht das einschlägig getrübbte Vorleben entgegen.

[14] Die Anrechnung der Vorhaftzeiten beruht auf § 38 Abs 1 Z 1 StGB. Über die Anrechnung der nach Fällung des Urteils erster Instanz in Vorhaft (§ 38 StGB) zugebrachten Zeit hat gemäß § 400 Abs 1 StPO – auch im (hier vorliegenden) Fall der Strafneubemessung (RIS-Justiz RS0091624) – die Vorsitzende des Gerichts, das in erster Instanz erkannt hat, mit Beschluss zu entscheiden. [14] Die Anrechnung der Vorhaftzeiten beruht auf Paragraph 38, Absatz eins, Ziffer eins, StGB. Über die Anrechnung der nach Fällung des Urteils erster Instanz in Vorhaft (Paragraph 38, StGB) zugebrachten Zeit hat gemäß Paragraph 400, Absatz eins, StPO – auch im (hier vorliegenden) Fall der Strafneubemessung (RIS-Justiz RS0091624) – die Vorsitzende des Gerichts, das in erster Instanz erkannt hat, mit Beschluss zu entscheiden.

[15] Mit ihrer Berufung war die Staatsanwaltschaft auf die Strafneubemessung zu verweisen.

[16] Die Aufhebung des gemäß § 494a Abs 1 Z 4 StPO gefassten Beschlusses war Folge der Beseitigung des diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruchs (vgl RIS-Justiz RS0100194). Aufgrund des äußerst raschen Rückfalls in einschlägige Delinquenz innerhalb der Probezeit war die vom Landesgericht Innsbruck zu AZ 26 Hv 54/22b gewährte bedingte Strafnachsicht (Ausmaß: neun Monate) aus spezialpräventiven Gründen (§ 53 Abs 1 erster Satz StGB) zusätzlich zur hier verhängten Sanktion zu widerrufen. [16] Die Aufhebung des gemäß Paragraph 494 a, Absatz eins, Ziffer 4, StPO gefassten Beschlusses war Folge der Beseitigung des diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruchs vergleiche RIS-Justiz RS0100194). Aufgrund des äußerst raschen Rückfalls in einschlägige Delinquenz innerhalb der Probezeit war die vom Landesgericht Innsbruck zu AZ 26 Hv 54/22b gewährte bedingte Strafnachsicht (Ausmaß: neun Monate) aus spezialpräventiven Gründen (Paragraph 53, Absatz eins, erster Satz StGB) zusätzlich zur hier verhängten Sanktion zu widerrufen.

[17] Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO. [17] Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO.

Textnummer

E140241

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2023:0120OS00122.23T.1123.000

Im RIS seit

12.01.2024

Zuletzt aktualisiert am

05.12.2024

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