

TE OGH 2023/11/14 11Os115/23f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.11.2023

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 14. November 2023 durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Mag. Marek als Vorsitzende sowie die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger und Mag. Fürnkranz und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Oberressl und Mag. Riffel in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Gindl als Schriftführerin in der Strafsache gegen * M* und einen anderen Angeklagten wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 3 SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten * Mo* gegen das Urteil des Landesgerichts Wels als Schöffengericht vom 6. Juli 2023, GZ 13 Hv 52/23k-47, weiters über die Beschwerde des Genannten gegen einen zugleich gefassten Beschluss nach § 494a StPO nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

Der Oberste Gerichtshof hat am 14. November 2023 durch die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Mag. Marek als Vorsitzende sowie die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger und Mag. Fürnkranz und die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Oberressl und Mag. Riffel in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Gindl als Schriftführerin in der Strafsache gegen * M* und einen anderen Angeklagten wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 2, Ziffer 3, SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten * Mo* gegen das Urteil des Landesgerichts Wels als Schöffengericht vom 6. Juli 2023, GZ 13 Hv 52/23k-47, weiters über die Beschwerde des Genannten gegen einen zugleich gefassten Beschluss nach Paragraph 494 a, StPO nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufung und die Beschwerde werden die Akten dem Oberlandesgericht Linz zugeleitet.

Dem Angeklagten Mo* fallen die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

[1] Mit dem angefochtenen Urteil wurden * M* und * Mo* jeweils des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 3 SMG (M* zu 1/2/ und Mo* zu 1/), des Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach § 15 Abs 1 StGB, § 28 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG (2/) und der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG (M* zu 3/1/ und Mo* zu 3/2/) schuldig erkannt. [1] Mit dem angefochtenen Urteil wurden * M* und * Mo* jeweils des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a,

Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 2, Ziffer 3, SMG (M* zu 1/2/ und Mo* zu 1/), des Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach Paragraph 15, Absatz eins, StGB, Paragraph 28, Absatz eins, erster und zweiter Fall SMG (2/) und der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall SMG (M* zu 3/1/ und Mo* zu 3/2/) schuldig erkannt.

[2] Danach haben sie in R* und an anderen Orten des Bundesgebiets vorschriftswidrig Suchtgift

1/ in einer das Fünzfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen, nämlich Cannabiskraut mit einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von zumindest 13,85 % THCA und 1,05 % Delta-9-THC, und zwar 1/ in einer das Fünzfache der Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen, nämlich Cannabiskraut mit einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von zumindest 13,85 % THCA und 1,05 % Delta-9-THC, und zwar

1/1/ Mo* im Jänner und Februar 2022 85 Gramm;

1/2/ M* und Mo* in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken von Februar 2022 bis März 2023 zumindest 6.000 Gramm durch überwiegend gewinnbringenden Verkauf an teils im Urteil namentlich genannte, teils unbekannte Abnehmer;

2/ M* und Mo* in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken am 20. Jänner 2023 in einer die Grenzmenge § 28b SMG) übersteigenden Menge mit dem Vorsatz zu erwerben und zu besitzen versucht, dass es in Verkehr gesetzt werde, und zwar zumindest 1.500 Gramm Cannabiskraut mit einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 13,85 % THCA und 1,05 % Delta-9-THC; 2/ M* und Mo* in bewusstem und gewolltem Zusammenwirken am 20. Jänner 2023 in einer die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) übersteigenden Menge mit dem Vorsatz zu erwerben und zu besitzen versucht, dass es in Verkehr gesetzt werde, und zwar zumindest 1.500 Gramm Cannabiskraut mit einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 13,85 % THCA und 1,05 % Delta-9-THC;

3/ erworben und besessen, nämlich

3/1/ M* von Juni 2019 bis 15. März 2023 Cannabiskraut und Kokain;

3/2/ Mo* von April 2021 bis 15. März 2023 Cannabiskraut.

Rechtliche Beurteilung

[3] Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 11 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mo*. [3] Dagegen richtet sich die auf Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 11, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mo*.

[4] Entgegen der Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall) verstößt die erschwerende Wertung der (rückfallsbegründenden) einschlägigen Vorverurteilungen sowie des raschen Rückfalls (US 9) bei gleichzeitiger Anwendung des § 39 Abs 1 und Abs 1a StGB (US 3, 10) nicht gegen das Doppelverwertungsverbot. [4] Entgegen der Sanktionsrüge (Ziffer 11, zweiter Fall) verstößt die erschwerende Wertung der (rückfallsbegründenden) einschlägigen Vorverurteilungen sowie des raschen Rückfalls (US 9) bei gleichzeitiger Anwendung des Paragraph 39, Absatz eins und Absatz eins a, StGB (US 3, 10) nicht gegen das Doppelverwertungsverbot.

[5] Denn das in § 32 Abs 2 erster Satz StGB enthaltene Gebot, Erschwerungs- und Milderungsgründe nur soweit bei der Bemessung der Strafe zu berücksichtigen, als sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, bezieht sich nach mittlerweile gefestigter jüngerer Rechtsprechung nur auf subsumtionsrelevante Umstände (RIS-Justiz RS0130193), während § 39 StGB eine reine, den Strafsatz nicht bestimmende Strafrahmenvorschrift darstellt (RIS-Justiz RS0133690; vgl auch RIS-Justiz RS0091527; 11 Os 73/21a [Rz 5]; 14 Os 53/21g [Rz 6] mit zustimmender Glosse von Ratz, EvBl 2022/21, 184; 14 Os 134/21v [Rz 4]; 13 Os 121/22a [Rz 16]; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 668/4 und 714; Riffel in WK² StGB § 32 Rz 59/1, 60 f, 63, 65; einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot schon aus anderen Gründen verneinend: 11 Os 26/21i [Rz 10, 13]; 11 Os 14/20y). [5] Denn das in Paragraph 32, Absatz 2, erster Satz StGB enthaltene Gebot, Erschwerungs- und Milderungsgründe nur soweit bei der Bemessung der Strafe zu berücksichtigen, als sie nicht schon die Strafdrohung bestimmen, bezieht sich nach mittlerweile gefestigter jüngerer Rechtsprechung nur auf subsumtionsrelevante Umstände (RIS-Justiz RS0130193), während Paragraph 39, StGB eine reine, den Strafsatz nicht bestimmende Strafrahmenvorschrift darstellt (RIS-Justiz RS0133690; vergleiche auch RIS-Justiz RS0091527; 11 Os 73/21a [Rz 5]; 14 Os 53/21g [Rz 6] mit zustimmender Glosse von Ratz, EvBl 2022/21, 184; 14 Os 134/21v [Rz 4];

13 Os 121/22a [Rz 16]; Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 668/4 und 714; Riffel in WK² StGB Paragraph 32, Rz 59/1, 60 f, 63, 65; einen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot schon aus anderen Gründen verneinend: 11 Os 26/21i [Rz 10, 13]; 11 Os 14/20y).

[6] Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mo* war daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – bereits bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über dessen Berufung und Beschwerde folgt (§§ 285i, 498 Abs 3 StPO). [6] Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mo* war daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – bereits bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (Paragraph 285 d, Absatz eins, StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über dessen Berufung und Beschwerde folgt (Paragraphen 285 i, 498, Absatz 3, StPO).

[7] Mit Blick auf § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO bleibt – gleichfalls im Einklang mit der Generalprokuratur – anzumerken, dass die beide Angeklagte betreffenden, unbekämpft gebliebenen vermögensrechtlichen Anordnungen mit Nichtigkeit (§ 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO) behaftet sind. [7] Mit Blick auf Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz erster Fall StPO bleibt – gleichfalls im Einklang mit der Generalprokuratur – anzumerken, dass die beide Angeklagte betreffenden, unbekämpft gebliebenen vermögensrechtlichen Anordnungen mit Nichtigkeit (Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 11, erster Fall StPO) behaftet sind.

[8] In Bezug auf den Ausspruch der Konfiskation (§ 19a StGB) der beschlagnahmten Mobiltelefone wurde weder konstatiert, dass diese zur Zeit der Entscheidung erster Instanz im Eigentum der Angeklagten standen, noch findet sich eine Feststellungsbasis zur (intendierten) Verwendung zur Begehung einer dem Schuldspruch zugrunde liegenden Straftat. [8] In Bezug auf den Ausspruch der Konfiskation (Paragraph 19 a, StGB) der beschlagnahmten Mobiltelefone wurde weder konstatiert, dass diese zur Zeit der Entscheidung erster Instanz im Eigentum der Angeklagten standen, noch findet sich eine Feststellungsbasis zur (intendierten) Verwendung zur Begehung einer dem Schuldspruch zugrunde liegenden Straftat.

[9] Sind Vermögenswerte mehreren Personen zugekommen, so ist bei jedem Empfänger nur der dem jeweils tatsächlich rechtswidrig erlangten Vermögenswert entsprechende Betrag für verfallen zu erklären. Solidar- oder Kumulativhaftung ist nicht vorgesehen (RIS-Justiz RS0129964). Gegenständlich wurde lediglich gemäß § 20 StGB der Verfall der beschlagnahmten Bargeldbeträge in Höhe von 12.920 Euro und 600 Euro – deren Herkunft aus dem Suchtgifthandel (noch) erschlossen werden kann („Drogengeld“ [US 10]) – ausgesprochen (US 4), ohne den beiden Angeklagten jeweils einen konkreten Betrag zuzuordnen. [9] Sind Vermögenswerte mehreren Personen zugekommen, so ist bei jedem Empfänger nur der dem jeweils tatsächlich rechtswidrig erlangten Vermögenswert entsprechende Betrag für verfallen zu erklären. Solidar- oder Kumulativhaftung ist nicht vorgesehen (RIS-Justiz RS0129964). Gegenständlich wurde lediglich gemäß Paragraph 20, StGB der Verfall der beschlagnahmten Bargeldbeträge in Höhe von 12.920 Euro und 600 Euro – deren Herkunft aus dem Suchtgifthandel (noch) erschlossen werden kann („Drogengeld“ [US 10]) – ausgesprochen (US 4), ohne den beiden Angeklagten jeweils einen konkreten Betrag zuzuordnen.

[10] Soweit das Erstgericht gemäß „§ 34 SMG iVm § 26 StGB“ auch die Einziehung der „sichergestellten Suchtgiftutensilien“ anordnete (US 4), lassen die Entscheidungsgründe die erforderliche Tatsachenbasis für die Annahme deren Deliktstauglichkeit nicht erkennen (RIS-Justiz RS0121298). An (grundsätzlich unbedenklichen) Gegenständen anhaftende Suchtgiftspuren können in der Regel ohne Weiteres entfernt werden (vgl. RIS-Justiz RS0088184 [T5]). [10] Soweit das Erstgericht gemäß „§ 34 SMG in Verbindung mit Paragraph 26, StGB“ auch die Einziehung der „sichergestellten Suchtgiftutensilien“ anordnete (US 4), lassen die Entscheidungsgründe die erforderliche Tatsachenbasis für die Annahme deren Deliktstauglichkeit nicht erkennen (RIS-Justiz RS0121298). An (grundsätzlich unbedenklichen) Gegenständen anhaftende Suchtgiftspuren können in der Regel ohne Weiteres entfernt werden vergleiche RIS-Justiz RS0088184 [T5]).

[11] Im Hinblick auf das von beiden Angeklagten erklärte Einverständnis zu diesen Maßnahmen (US 11 iVm ON 46 S 4 und S 7) liegt jedoch ein Nachteil im Sinn des § 290 Abs 1 StPO, der Anlass zur amtswegigen Wahrnehmung dieser Rechtsfehler gäbe (RIS-Justiz RS0088201 [T11, T14]), nicht vor. [11] Im Hinblick auf das von beiden Angeklagten erklärte

Einverständnis zu diesen Maßnahmen (US 11 in Verbindung mit ON 46 S 4 und S 7) liegt jedoch ein Nachteil im Sinn des Paragraph 290, Absatz eins, StPO, der Anlass zur amtswegigen Wahrnehmung dieser Rechtsfehler gäbe (RIS-Justiz RS0088201 [T11, T14]), nicht vor.

[12] Nach den Urteilsfeststellungen zu 3/1/ und 3/2/ diene der jeweils angelastete Erwerb und Besitz von Suchtgift lediglich dem Eigenkonsum (US 7), sohin ausschließlich zum persönlichen Gebrauch; eine Unterstellung dieser Taten unter die Privilegierung nach § 27 Abs 2 SMG unterblieb rechtsirrig. [12] Nach den Urteilsfeststellungen zu 3/1/ und 3/2/ diene der jeweils angelastete Erwerb und Besitz von Suchtgift lediglich dem Eigenkonsum (US 7), sohin ausschließlich zum persönlichen Gebrauch; eine Unterstellung dieser Taten unter die Privilegierung nach Paragraph 27, Absatz 2, SMG unterblieb rechtsirrig.

[13] Da sich dieser Subsumtionsfehler (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO; RIS-Justiz RS0131857) bei der jeweils auf Basis des § 28a Abs 2 SMG – betreffend Mo* unter Anwendung des § 39 Abs 1 und Abs 1a StGB – erfolgten Strafraahmenbildung (US 3) und bei der Strafzumessung (US 9) nicht konkret zum Nachteil der Angeklagten auswirkte (vgl Ratz, WK-StPO § 290 Rz 22 ff), bestand kein Anlass zu amtswegiger Wahrnehmung. [13] Da sich dieser Subsumtionsfehler (Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 10, StPO; RIS-Justiz RS0131857) bei der jeweils auf Basis des Paragraph 28 a, Absatz 2, SMG – betreffend Mo* unter Anwendung des Paragraph 39, Absatz eins und Absatz eins a, StGB – erfolgten Strafraahmenbildung (US 3) und bei der Strafzumessung (US 9) nicht konkret zum Nachteil der Angeklagten auswirkte (vergleiche Ratz, WK-StPO Paragraph 290, Rz 22 ff), bestand kein Anlass zu amtswegiger Wahrnehmung.

[14] Das Oberlandesgericht ist bei seiner Entscheidung über die Berufung des Angeklagten Mo* nicht an den fehlerhaften Schuldspruch gebunden (RIS-Justiz RS0118870); ebenso wenig das Erstgericht bei auf dem rechtskräftigen Urteil (auch betreffend den Angeklagten M*) beruhenden Beschlüssen und Verfügungen, wie zum Beispiel der Ausstellung der Strafkarte (§ 3 StrRegG; RIS-Justiz RS0129614). [14] Das Oberlandesgericht ist bei seiner Entscheidung über die Berufung des Angeklagten Mo* nicht an den fehlerhaften Schuldspruch gebunden (RIS-Justiz RS0118870); ebenso wenig das Erstgericht bei auf dem rechtskräftigen Urteil (auch betreffend den Angeklagten M*) beruhenden Beschlüssen und Verfügungen, wie zum Beispiel der Ausstellung der Strafkarte (Paragraph 3, StrRegG; RIS-Justiz RS0129614).

Textnummer

E139905

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2023:0110OS00115.23F.1114.000

Im RIS seit

01.12.2023

Zuletzt aktualisiert am

01.12.2023

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