

TE OGH 2017/7/13 120s55/17f

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.07.2017

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 13. Juli 2017 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé, Dr. Oshidari, Dr. Michel-Kwapinski und Dr. Brenner in Gegenwart des Richteramtsanwärters Limberger, LL.M., als Schriftführer in der Strafsache gegen Helmi K***** und andere Angeklagte wegen Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Jugendschöffengericht vom 19. Dezember 2016, GZ 144 Hv 112/16w-95, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokuratur, Generalanwältin Mag. Gföller, und der Verteidigerinnen des Angeklagten Rechtsanwältin Dr. Christa-Maria Scheinpflug, Rechtsanwältin Mag. Sonja Scheed, Rechtsanwältin Dr. Christine Wolf und des Verteidigers des Angeklagten Rechtsanwalt Dr. Andreas Duensing zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 13. Juli 2017 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé, Dr. Oshidari, Dr. Michel-Kwapinski und Dr. Brenner in Gegenwart des Richteramtsanwärters Limberger, LL.M., als Schriftführer in der Strafsache gegen Helmi K***** und andere Angeklagte wegen Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Jugendschöffengericht vom 19. Dezember 2016, GZ 144 Hv 112/16w-95, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokuratur, Generalanwältin Mag. Gföller, und der Verteidigerinnen des Angeklagten Rechtsanwältin Dr. Christa-Maria Scheinpflug, Rechtsanwältin Mag. Sonja Scheed, Rechtsanwältin Dr. Christine Wolf und des Verteidigers des Angeklagten Rechtsanwalt Dr. Andreas Duensing zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das nur in Ansehung des Verfalls- und des Einziehungserkenntnisses unberührt bleibt, aufgehoben und

1./ im Umfang der Aufhebung des Schuldspruchs B./I./ in der Sache selbst erkannt:

Hamid A***** wird von dem mit Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Wien vom 3. Oktober 2016 (ON 68) wider ihn erhobenen Vorwurf, er habe in W***** im Zeitraum von Mitte Mai 2016 bis 23. Juli 2016 als Mitglied einer kriminellen Vereinigung, der neben Helmi K*****, Mohamed I*****, Houssin B***** sowie den abgesondert verfolgten Haitham Ay***** , Hiali Az***** , Abdalah Ben Ab***** , Ben Rejab F***** , Naser Bi***** , Mohamed Z***** weitere bekannte und teils noch unbekannte Täter angehören bzw angehörten, vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) mehrfach übersteigenden Menge, nämlich zumindest 900 Gramm Cannabiskraut mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 8,51 % THCA und 0,65 % Delta-9-THC, unbekannt gebliebenen Abnehmern in

wiederholten Angriffen durch gewinnbringenden Verkauf zu einem noch festzustellenden Grammpreis überlassen (Anlagepunkt I./A./3./), Hamid A***** wird von dem mit Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Wien vom 3. Oktober 2016 (ON 68) wider ihn erhobenen Vorwurf, er habe in W***** im Zeitraum von Mitte Mai 2016 bis 23. Juli 2016 als Mitglied einer kriminellen Vereinigung, der neben Helmi K*****, Mohamed I*****, Houssin B***** sowie den abgesondert verfolgten Haitham Ay*****, Hiali Az*****, Abdalah Ben Ab*****, Ben Rejab F*****, Naser Bi*****, Mohamed Z***** weitere bekannte und teils noch unbekannte Täter angehören bzw angehört, vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) mehrfach übersteigenden Menge, nämlich zumindest 900 Gramm Cannabiskraut mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 8,51 % THCA und 0,65 % Delta-9-THC, unbekannt gebliebenen Abnehmern in wiederholten Angriffen durch gewinnbringenden Verkauf zu einem noch festzustellenden Grammpreis überlassen (Anlagepunkt römisch eins./A./3./),

gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen.gemäß Paragraph 259, Ziffer 3, StPO freigesprochen.

2./ im Umfang der Aufhebung der Schuldsprüche A./1./ und A./2./, B./II./, C./ und D./I./ bis D./IV./ dem Erstgericht aufgetragen, hinsichtlich des diesen zugrunde liegenden Verhaltens nach § 35 SMG iVm § 37 SMG vorzugehen.2./ im Umfang der Aufhebung der Schuldsprüche A./1./ und A./2./, B./II./, C./ und D./I./ bis D./IV./ dem Erstgericht aufgetragen, hinsichtlich des diesen zugrunde liegenden Verhaltens nach Paragraph 35, SMG in Verbindung mit Paragraph 37, SMG vorzugehen.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden

Helmi K***** mehrerer Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (A./1./) und der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 zweiter Fall SMG (C./) sowie nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (D./I./), Helmi K***** mehrerer Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG (A./1./) und der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall SMG (C./) sowie nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall, Absatz 2, SMG (D./I./),

Mohamed I***** mehrerer Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (A./2./) und der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 zweiter Fall SMG (C./) sowie nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (D./II./), Mohamed I***** mehrerer Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG (A./2./) und der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall SMG (C./) sowie nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall, Absatz 2, SMG (D./II./),

Hamid A***** der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 achter (gemeint: siebenter – „überlassen“) Fall, Abs 3 SMG (B./I./), nach § 27 Abs 1 Z 1 zweiter Fall SMG (C./) sowie nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (D./III./) und Hamid A***** der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter (gemeint: siebenter – „überlassen“) Fall, Absatz 3, SMG (B./I./), nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall SMG (C./) sowie nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall, Absatz 2, SMG (D./III./) und

Houssin B***** der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall, Abs 3 SMG (B./II./), nach § 27 Abs 1 Z 1 zweiter Fall SMG (C./) sowie nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (D./IV./) Houssin B***** der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall, Absatz 3, SMG (B./II./), nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall SMG (C./) sowie nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall, Absatz 2, SMG (D./IV./)

schuldig erkannt.

Danach haben in W***** vorschriftswidrig Suchtgift,

A./ nämlich Cannabiskraut mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 8,51 % THCA und 0,65 % Delta-9-THC, in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge anderen in wiederholten Angriffen durch gewinnbringenden Verkauf überlassen, und zwar

1./ Helmi K***** zum Grammpreis von 10 Euro

a./ im Zeitraum von Mitte April bis 23. Juli 2016 unbekannt gebliebenen Abnehmern zumindest 1.665 Gramm;

b./ ab einem nicht mehr festzustellenden Zeitpunkt im Jahr 2016 bis 23. Juli 2016 Elyesa T***** zumindest 12 Gramm;

2./ Mohamed I***** im Zeitraum von Anfang 2016 bis 23. Juli 2016 unbekannt gebliebenen Abnehmern zumindest 1.500 Gramm zum Grammpreis von zumindest 8 Euro;

B./ nämlich zumindest 200 Gramm Cannabiskraut mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 8,51 % THCA und 0,65 % Delta-9-THC, zum Grammpreis von zumindest 9 Euro unbekannt gebliebenen Abnehmern gewerbsmäßig überlassen

I./ Hamid A***** im Zeitraum zwischen Mai und 23. Juli 2016;römisch eins./ Hamid A***** im Zeitraum zwischen Mai und 23. Juli 2016;

II./ Houssin B***** im April 2016;römisch zwei./ Houssin B***** im April 2016;

C./ Helmi K*****, Mohamed I*****, Hamid A***** und Houssin B***** im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter (§ 12 StGB) am 23. Juli 2016 zum nicht ausschließlich persönlichen Gebrauch besessen, und zwar „88,9 Gramm netto mit einer Reinsubstanz von zumindest 9,17 Gramm THCA und 0,69 Gramm Delta-9-THC sowie weitere 24,1 Gramm brutto“;C./ Helmi K*****, Mohamed I*****, Hamid A***** und Houssin B***** im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter (Paragraph 12, StGB) am 23. Juli 2016 zum nicht ausschließlich persönlichen Gebrauch besessen, und zwar „88,9 Gramm netto mit einer Reinsubstanz von zumindest 9,17 Gramm THCA und 0,69 Gramm Delta-9-THC sowie weitere 24,1 Gramm brutto“;

D./ wiederholt bis zum 23. Juli 2016 zum ausschließlich persönlichen Gebrauch erworben und besessen, und zwar

I./ Helmi K***** seit März 2016 Cannabiskraut und Cannabisharz (Wirkstoffe jeweils THCA und Delta-9-THC) sowie Kokain (Wirkstoff Cocain) und Ecstasy (Wirkstoff MDMA);römisch eins./ Helmi K***** seit März 2016 Cannabiskraut und Cannabisharz (Wirkstoffe jeweils THCA und Delta-9-THC) sowie Kokain (Wirkstoff Cocain) und Ecstasy (Wirkstoff MDMA);

II./ Mohamed I***** seit Februar 2015 Cannabiskraut (Wirkstoffe THCA und Delta-9-THC)römisch zwei./ Mohamed I***** seit Februar 2015 Cannabiskraut (Wirkstoffe THCA und Delta-9-THC);

III./ Hamid A***** seit März 2016 Cannabiskraut (Wirkstoffe THCA und Delta-9-THC)römisch drei./ Hamid A***** seit März 2016 Cannabiskraut (Wirkstoffe THCA und Delta-9-THC);

IV./ Houssin B***** seit März 2016 Cannabiskraut und Cannabisharz (Wirkstoffe jeweils THCA und Delta-9-THC).römisch vier./ Houssin B***** seit März 2016 Cannabiskraut und Cannabisharz (Wirkstoffe jeweils THCA und Delta-9-THC).

Rechtliche Beurteilung

Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 5 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, mit der die öffentliche Anklägerin die Nichtannahme der Begehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung in Ansehung der Schuldsprüche A./ und B./ sowie die Nichtannahme des Überschreitens der Grenzmenge des § 28b SMG in Ansehung der Schuldsprüche B./ bekämpft.Dagegen richtet sich die auf Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 5, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, mit der die öffentliche Anklägerin die Nichtannahme der Begehung als Mitglied einer kriminellen Vereinigung in Ansehung der Schuldsprüche A./ und B./ sowie die Nichtannahme des Überschreitens der Grenzmenge des Paragraph 28 b, SMG in Ansehung der Schuldsprüche B./ bekämpft.

Ungeachtet der tatsächlich erst am 16. Februar 2017 zu AZ 65 Hv 144/16w des Landesgerichts für Strafsachen Wien erfolgten Verurteilung des abgesondert verfolgten Haitham Ay***** scheiden die auf der Überzeugung, dessen Strafverfahren sei im Zeitpunkt seiner Aussage als Zeuge in der Hauptverhandlung bereits rechtskräftig beendet gewesen, weshalb kein Grund mehr für ihn bestanden habe, falsche Angaben zu machen (vgl US 8, 10, 11, 13, 18), beruhenden Erwägungen des Schöffengerichts zur Glaubwürdigkeit dieses Zeugen als Anfechtungsbasis der Mängelrüge (Z 5) aus. Diesem von der Beschwerdeführerin unter dem Aspekt der Verwertung eines in der Hauptverhandlung nicht vorgekommenen, weil noch nicht existenten Beweismittels (Z 5 vierter Fall) gerügten Umstand misst der Schöffensenat im Rahmen seiner primär auf die geständige Verantwortung der Angeklagten in der Hauptverhandlung gestützten Beweiswürdigung (US 10 ff) nämlich lediglich eine ergänzende, den glaubhaften

unmittelbaren Eindruck des vom Erstgericht unter Wahrheitspflicht Vernommenen bestätigende Bedeutung bei (US 12), ohne dass er darin erkennbar eine notwendige Bedingung für die Feststellung einer entscheidenden Tatsache erblickt hätte (RIS-Justiz RS0116737; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 455). Ungeachtet der tatsächlich erst am 16. Februar 2017 zu AZ 65 Hv 144/16w des Landesgerichts für Strafsachen Wien erfolgten Verurteilung des abgesondert verfolgten Haitham Ay***** scheiden die auf der Überzeugung, dessen Strafverfahren sei im Zeitpunkt seiner Aussage als Zeuge in der Hauptverhandlung bereits rechtskräftig beendet gewesen, weshalb kein Grund mehr für ihn bestanden habe, falsche Angaben zu machen vergleiche US 8, 10, 11, 13, 18), beruhenden Erwägungen des Schöffengerichts zur Glaubwürdigkeit dieses Zeugen als Anfechtungsbasis der Mängelrüge (Ziffer 5,) aus. Diesem von der Beschwerdeführerin unter dem Aspekt der Verwertung eines in der Hauptverhandlung nicht vorgekommenen, weil noch nicht existenten Beweismittels (Ziffer 5, vierter Fall) gerügten Umstand misst der Schöffensenat im Rahmen seiner primär auf die geständige Verantwortung der Angeklagten in der Hauptverhandlung gestützten Beweiswürdigung (US 10 ff) nämlich lediglich eine ergänzende, den glaubhaften unmittelbaren Eindruck des vom Erstgericht unter Wahrheitspflicht Vernommenen bestätigende Bedeutung bei (US 12), ohne dass er darin erkennbar eine notwendige Bedingung für die Feststellung einer entscheidenden Tatsache erblickt hätte (RIS-Justiz RS0116737; Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 455).

Grundsätzlich zutreffend ist der Hinweis der Staatsanwaltschaft, den Entscheidungsgründen § 270 Abs 2 Z 5 StPO) sei unmissverständlich zu entnehmen, dass die Tatrichter die Frage, ob der Angeklagte Hamid A***** Suchtgift über seinen persönlichen Gebrauch hinaus auch anderen verkauft habe, verneint hätten (US 8, 12), wohingegen ihm in deren zusammenfassender Wiedergabe im Urteilstenor (§ 270 Abs 2 Z 4 StPO [§ 260 Abs 1 Z 1 StPO]) gewerbsmäßiges Überlassen von zumindest 200 Gramm Cannabiskraut an unbekannte Abnehmer zum Grammpreis von zumindest 9 Euro (B./I./) zur Last gelegt werde (Z 5 dritter Fall). Aufgrund des von der Staatsanwaltschaft ausdrücklich nur zum Nachteil der Angeklagten erklärten, gegenständlich auf die Verurteilung des Hamid A***** wegen § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 2 SMG gerichteten Anfechtungswillens kann das zu dessen Vorteil ausschlagende Argument jedoch nicht zum Erfolg der Nichtigkeitsbeschwerde führen (vgl 13 Os 42/11t; Ratz, WK-StPO § 284 Rz 2). Grundsätzlich zutreffend ist der Hinweis der Staatsanwaltschaft, den Entscheidungsgründen (Paragraph 270, Absatz 2, Ziffer 5, StPO) sei unmissverständlich zu entnehmen, dass die Tatrichter die Frage, ob der Angeklagte Hamid A***** Suchtgift über seinen persönlichen Gebrauch hinaus auch anderen verkauft habe, verneint hätten (US 8, 12), wohingegen ihm in deren zusammenfassender Wiedergabe im Urteilstenor (Paragraph 270, Absatz 2, Ziffer 4, StPO [§ 260 Absatz eins, Ziffer eins, StPO]) gewerbsmäßiges Überlassen von zumindest 200 Gramm Cannabiskraut an unbekannte Abnehmer zum Grammpreis von zumindest 9 Euro (B./I./) zur Last gelegt werde (Ziffer 5, dritter Fall). Aufgrund des von der Staatsanwaltschaft ausdrücklich nur zum Nachteil der Angeklagten erklärten, gegenständlich auf die Verurteilung des Hamid A***** wegen Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 2, Ziffer 2, SMG gerichteten Anfechtungswillens kann das zu dessen Vorteil ausschlagende Argument jedoch nicht zum Erfolg der Nichtigkeitsbeschwerde führen vergleiche 13 Os 42/11t; Ratz, WK-StPO Paragraph 284, Rz 2).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – zu verwerfen.

Aus deren Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof jedoch, dass zum Nachteil der Angeklagten das Gesetz mehrfach unrichtig angewendet worden ist (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO): Aus deren Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof jedoch, dass zum Nachteil der Angeklagten das Gesetz mehrfach unrichtig angewendet worden ist (Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz erster Fall StPO):

1./ Zum Schuldspruch B./I./:

Die Tatrichter stellten – wie oben dargestellt von der Nichtigkeitswerberin erfolglos bekämpft – fest, Hamid A***** habe „die im Spruch genannte Menge Cannabis ... zum Eigenkonsum“ bezogen (US 8), und räumten ein, dass der Schuldspruch B./I./ „irrtümlich mit verkündet“ worden sei (US 16). Konstatierungen, wonach der genannte Angeklagte Suchtgift an andere überlassen hätte, finden sich in den Entscheidungsgründen hingegen nicht. Demzufolge mangelt es – wie auch die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt – an der erforderlichen Tatsachengrundlage für die vom Erstgericht zum Schuldspruch .I./ vorgenommene Unterstellung der Tat unter § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall, Abs 3 SMG. Die Tatrichter stellten – wie oben dargestellt von der Nichtigkeitswerberin erfolglos bekämpft – fest, Hamid A***** habe „die im Spruch genannte Menge Cannabis ... zum Eigenkonsum“ bezogen (US 8), und räumten ein, dass der Schuldspruch B./I./ „irrtümlich mit verkündet“ worden sei (US 16). Konstatierungen, wonach der genannte Angeklagte

Suchtgift an andere überlassen hätte, finden sich in den Entscheidungsgründen hingegen nicht. Demzufolge mangelt es – wie auch die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt – an der erforderlichen Tatsachengrundlage für die vom Erstgericht zum Schuldspruch .I./ vorgenommene Unterstellung der Tat unter Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall, Absatz 3, SMG.

Liegen hinsichtlich einzelner Schuldspruchfakten die Voraussetzungen für eine diversionelle Erledigung nach § 35 Abs 1 SMG (hier betreffend die Schuldsprüche D./I./ bis D./IV./) und hinsichtlich anderer Schuldsprüche (hier A./1./ und A./2./, B./II./, C./) jene nach § 35 Abs 2 SMG vor, prävaliert die einheitliche, alle Suchtmitteldelikte betreffende (eine Probezeit und einheitliche Begleitmaßnahmen iSd § 35 Abs 6 und Abs 7 SMG vorgebende) diversionelle Erledigung nach § 35 Abs 2 SMG; vgl Schroll, WK-StPO § 203 Rz 34; Schroll, ÖJZ 2013, 867; Schwaighofer in WK² SMG § 35 Rz 17; Litzka/Matzka/Zeder, SMG² § 35 Rz 18; 14 Os 58/05v. Liegen hinsichtlich einzelner Schuldspruchfakten die Voraussetzungen für eine diversionelle Erledigung nach Paragraph 35, Absatz eins, SMG (hier betreffend die Schuldsprüche D./I./ bis D./IV./) und hinsichtlich anderer Schuldsprüche (hier A./1./ und A./2./, B./II./, C./) jene nach Paragraph 35, Absatz 2, SMG vor, prävaliert die einheitliche, alle Suchtmitteldelikte betreffende (eine Probezeit und einheitliche Begleitmaßnahmen iSd Paragraph 35, Absatz 6 und Absatz 7, SMG vorgebende) diversionelle Erledigung nach Paragraph 35, Absatz 2, SMG; vergleiche Schroll, WK-StPO Paragraph 203, Rz 34; Schroll, ÖJZ 2013, 867; Schwaighofer in WK² SMG Paragraph 35, Rz 17; Litzka/Matzka/Zeder, SMG² Paragraph 35, Rz 18; 14 Os 58/05v.

Unter Berücksichtigung der unbekämpft gebliebenen, auf Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen (US 9) nicht zu beanstandenden Verurteilung des Hamid A***** wegen des (die im Anklagevorwurf I./A./3./ [ebenso wie im Schuldspruch B./I./] angeführte Tatzeit umfassenden) zum ausschließlich persönlichen Gebrauch erfolgten Erwerbs und Besitzes einer nicht näher bestimmten Menge Cannabiskrautes mit den Wirkstoffen THCA und Delta-9-THC von März 2016 bis 23. Juli 2016 (§ 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG; Schuldspruch D./III./) war der Genannte daher im Umfang des Anklagevorwurfs wie aus dem Spruch ersichtlich gemäß § 259 Z 3 StPO freizusprechen. Unter Berücksichtigung der unbekämpft gebliebenen, auf Grundlage der tatrichterlichen Feststellungen (US 9) nicht zu beanstandenden Verurteilung des Hamid A***** wegen des (die im Anklagevorwurf römisch eins./A./3./ [ebenso wie im Schuldspruch B./I./] angeführte Tatzeit umfassenden) zum ausschließlich persönlichen Gebrauch erfolgten Erwerbs und Besitzes einer nicht näher bestimmten Menge Cannabiskrautes mit den Wirkstoffen THCA und Delta-9-THC von März 2016 bis 23. Juli 2016 (Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall, Absatz 2, SMG; Schuldspruch D./III./) war der Genannte daher im Umfang des Anklagevorwurfs wie aus dem Spruch ersichtlich gemäß Paragraph 259, Ziffer 3, StPO freizusprechen.

2./ Zum Konfiskationserkenntnis:

Nach § 19a Abs 1 StGB sind – unter anderem – vom Täter zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat verwendete Gegenstände zu konfiszieren, wenn diese zur Zeit der Entscheidung erster Instanz in dessen Eigentum stehen. Nach den Urteilsfeststellungen stand hingegen die sichergestellte elektronische Feinwaage im Eigentum des abgesondert verfolgten Haitham Ay*****. Von diesem wurde sie den Angeklagten Helmi K***** und Mohamed I***** bloß zwecks Portionierung des Cannabiskrautes zur Verfügung gestellt (US 10, 13 und 17 f). Dem Konfiskationserkenntnis haftet daher – worauf die Generalprokuratur zutreffend hinweist – Nichtigkeit gemäß § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO an. Nach Paragraph 19 a, Absatz eins, StGB sind – unter anderem – vom Täter zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat verwendete Gegenstände zu konfiszieren, wenn diese zur Zeit der Entscheidung erster Instanz in dessen Eigentum stehen. Nach den Urteilsfeststellungen stand hingegen die sichergestellte elektronische Feinwaage im Eigentum des abgesondert verfolgten Haitham Ay*****. Von diesem wurde sie den Angeklagten Helmi K***** und Mohamed I***** bloß zwecks Portionierung des Cannabiskrautes zur Verfügung gestellt (US 10, 13 und 17 f). Dem Konfiskationserkenntnis haftet daher – worauf die Generalprokuratur zutreffend hinweist – Nichtigkeit gemäß Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 11, erster Fall StPO an.

3./ Zu den Schuldsprüchen A./1./ und A./2./, B./II./, C./ und D./I./ bis D./IV./:

In Ansehung der verbleibenden Schuldsprüche ist das Urteil aus Z 10a des § 281 Abs 1 StPO nichtig (vgl RIS-Justiz RS0119091; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 659), weil die zwingenden Diversionsbestimmungen nach §§ 35 Abs 1 und Abs 2, 37 SMG (siehe dazu auch EBRV 301 BlgNR 23. GP 24) nicht angewendet wurden. In Ansehung der verbleibenden Schuldsprüche ist das Urteil aus Ziffer 10 a, des Paragraph 281, Absatz eins, StPO nichtig vergleiche RIS-Justiz

RS0119091; Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 659), weil die zwingenden Diversionsbestimmungen nach Paragraphen 35, Absatz eins und Absatz 2, 37, SMG (siehe dazu auch EBRV 301 BlgNR 23. Gesetzgebungsperiode 24) nicht angewendet wurden:

Denn das Gericht hat unter den in Abs 3 bis 7 des § 35 SMG genannten Voraussetzungen und Bedingungen Denn das Gericht hat unter den in Absatz 3 bis 7 des Paragraph 35, SMG genannten Voraussetzungen und Bedingungen

- nach § 35 Abs 1 SMG iVm § 37 SMG das Strafverfahren wegen einer Straftat nach den §§ 27 Abs 1 oder 2 oder 30 SMG, die ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden ist, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat,- nach Paragraph 35, Absatz eins, SMG in Verbindung mit Paragraph 37, SMG das Strafverfahren wegen einer Straftat nach den Paragraphen 27, Absatz eins, oder 2 oder 30 SMG, die ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden ist, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat,

- nach § 35 Abs 2 SMG iVm § 37 SMG das Strafverfahren wegen einer nicht in § 35 Abs 1 SMG genannten Straftat nach §§ 27 oder 30 bis 31a SMG, einer Straftat nach § 28 oder § 28a SMG, sofern – soweit hier relevant – der Angeklagte an Suchtmittel gewöhnt ist und zudem die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts fällt, die Schuld des Angeklagten nicht als schwer anzusehen wäre und der Rücktritt von der Verfolgung nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Angeklagten von einer solchen Straftat abzuhalten- nach Paragraph 35, Absatz 2, SMG in Verbindung mit Paragraph 37, SMG das Strafverfahren wegen einer nicht in Paragraph 35, Absatz eins, SMG genannten Straftat nach Paragraphen 27, oder 30 bis 31a SMG, einer Straftat nach Paragraph 28, oder Paragraph 28 a, SMG, sofern – soweit hier relevant – der Angeklagte an Suchtmittel gewöhnt ist und zudem die Straftat nicht in die Zuständigkeit des Schöffengerichts oder Geschworenengerichts fällt, die Schuld des Angeklagten nicht als schwer anzusehen wäre und der Rücktritt von der Verfolgung nicht weniger als eine Verurteilung geeignet erscheint, den Angeklagten von einer solchen Straftat abzuhalten

unter Bestimmung einer Probezeit von einem bis zu zwei Jahren mit Beschluss einzustellen.

Unter mehreren, jeweils dem SMG zu unterstellenden – und solcherart dieselbe Deliktsskategorie betreffenden – Straftaten ist eine unterschiedliche Behandlung im Sinn einer Kombination von diversionellem Vorgehen einerseits und Schuldspruch andererseits nicht zulässig, sodass für alle Taten gemeinsam entweder nach § 35 Abs 1 bzw Abs 2 SMG oder mit Schuldspruch vorzugehen ist (RIS-Justiz RS0113621 [T4, T5]; Schroll, WK-StPO § 203 Rz 34; Leitner in Schmölzer/Mühlbacher StPO § 203 Rz 25, 31). Unter mehreren, jeweils dem SMG zu unterstellenden – und solcherart dieselbe Deliktsskategorie betreffenden – Straftaten ist eine unterschiedliche Behandlung im Sinn einer Kombination von diversionellem Vorgehen einerseits und Schuldspruch andererseits nicht zulässig, sodass für alle Taten gemeinsam entweder nach Paragraph 35, Absatz eins, bzw Absatz 2, SMG oder mit Schuldspruch vorzugehen ist (RIS-Justiz RS0113621 [T4, T5]; Schroll, WK-StPO Paragraph 203, Rz 34; Leitner in Schmölzer/Mühlbacher StPO Paragraph 203, Rz 25, 31).

Nach den zu den Schuldsprüchen D./I./ bis D./IV./ wegen Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG getroffenen Feststellungen konsumierten Helmi K*****, Hamid A***** und Houssin B***** seit März 2016, Mohamed I***** bereits seit Februar 2015 im Wissen um die Vorschriftswidrigkeit selbst immer wieder Cannabiskraut, der Erstgenannte darüber hinaus auch immer wieder Kokain und Ecstasy (US 9). Nach den zu den Schuldsprüchen D./I./ bis D./IV./ wegen Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall, Absatz 2, SMG getroffenen Feststellungen konsumierten Helmi K*****, Hamid A***** und Houssin B***** seit März 2016, Mohamed I***** bereits seit Februar 2015 im Wissen um die Vorschriftswidrigkeit selbst immer wieder Cannabiskraut, der Erstgenannte darüber hinaus auch immer wieder Kokain und Ecstasy (US 9).

Darüber hinaus stellte das Erstgericht fest, dass alle Angeklagten an Suchtmittel gewöhnt sind (US 15). Konstatierungen, wonach Handlungs- und Gesinnungsunwert eines der Angeklagten in Ansehung des den verbleibenden Schuldsprüchen wegen der Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (A./) sowie der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall, Abs 3 SMG (B./II./) und nach § 27 Abs 1 Z 1 zweiter Fall SMG (C./) sowie nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (D./) zugrunde liegenden Verhaltens insgesamt eine Unwerthöhe erreicht hätten, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist (vgl Litzka/Matzka/Zeder, SMG2 § 35 Rz 30), also

ihre Schuld als schwer anzusehen wäre (vgl dazu Schroll, WK-StPO § 198 Rz 13 ff), sind der Entscheidung nicht zu entnehmen. Darüber hinaus stellte das Erstgericht fest, dass alle Angeklagten an Suchtmittel gewöhnt sind (US 15). Konstatierungen, wonach Handlungs- und Gesinnungsunwert eines der Angeklagten in Ansehung des den verbleibenden Schuldsprüchen wegen der Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG (A./) sowie der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall, Absatz 3, SMG (B./II./) und nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall SMG (C./) sowie nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall, Absatz 2, SMG (D./) zugrunde liegenden Verhaltens insgesamt eine Unwerthöhe erreicht hätten, die im Wege einer überprüfenden Gesamtbewertung als auffallend und ungewöhnlich zu beurteilen ist vergleiche Litzka/Matzka/Zeder, SMG2 Paragraph 35, Rz 30), also ihre Schuld als schwer anzusehen wäre vergleiche dazu Schroll, WK-StPO Paragraph 198, Rz 13 ff), sind der Entscheidung nicht zu entnehmen.

In spezialpräventiver Hinsicht hielten die Tatrichter (bloß) die Verhängung von teilbedingten Freiheitsstrafen für erforderlich, um den die Verantwortung für das ihnen zur Last gelegte Tatgeschehen übernehmenden Angeklagten (US 16 f; vgl RIS-Justiz RS0116299, RS0126734; Schroll, WK-StPO § 198 Rz 36 ff) das Unrecht ihrer Taten zu verdeutlichen (US 17). Dass die diversionelle Erledigung eine schlechtere Zukunftsprognose erwarten lasse, als eine Verurteilung, ist den Entscheidungsgründen (solcherart) nicht zu entnehmen. In spezialpräventiver Hinsicht hielten die Tatrichter (bloß) die Verhängung von teilbedingten Freiheitsstrafen für erforderlich, um den die Verantwortung für das ihnen zur Last gelegte Tatgeschehen übernehmenden Angeklagten (US 16 f; vergleiche RIS-Justiz RS0116299, RS0126734; Schroll, WK-StPO Paragraph 198, Rz 36 ff) das Unrecht ihrer Taten zu verdeutlichen (US 17). Dass die diversionelle Erledigung eine schlechtere Zukunftsprognose erwarten lasse, als eine Verurteilung, ist den Entscheidungsgründen (solcherart) nicht zu entnehmen.

Da zudem keine der zu den Schuldsprüchen A./, B./II./ und C./ sowie D./ konstatierten Straftaten in die Zuständigkeit des Schöffens- oder Geschworenengerichts fällt, vermögen die im angefochtenen Urteil insoweit enthaltenen Feststellungen bei richtiger Rechtsansicht die Nichtanwendung der Diversion nach §§ 37 iVm 35 Abs 2 SMG nicht zu tragen. Da zudem keine der zu den Schuldsprüchen A./, B./II./ und C./ sowie D./ konstatierten Straftaten in die Zuständigkeit des Schöffens- oder Geschworenengerichts fällt, vermögen die im angefochtenen Urteil insoweit enthaltenen Feststellungen bei richtiger Rechtsansicht die Nichtanwendung der Diversion nach Paragraphen 37, in Verbindung mit 35, Absatz 2, SMG nicht zu tragen.

Somit waren nach den erstinstanzlichen Urteilsannahmen zu den verbleibenden Schuldsprüchen A./1./ und A./2./, B./II./, C./ sowie D./I./ bis D./IV./ bei allen Angeklagten die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach § 35 Abs 2 SMG iVm § 37 SMG gegeben. Somit waren nach den erstinstanzlichen Urteilsannahmen zu den verbleibenden Schuldsprüchen A./1./ und A./2./, B./II./, C./ sowie D./I./ bis D./IV./ bei allen Angeklagten die Voraussetzungen für ein Vorgehen nach Paragraph 35, Absatz 2, SMG in Verbindung mit Paragraph 37, SMG gegeben.

Der aufgezeigte Rechtsfehler erforderte die Kassation der Schuldsprüche über den Schuldspruch B./I./ hinaus sowie in deren Ansehung ein Vorgehen gemäß § 288 Abs 2 Z 2a StPO (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO iVm § 285e StPO). Der aufgezeigte Rechtsfehler erforderte die Kassation der Schuldsprüche über den Schuldspruch B./I./ hinaus sowie in deren Ansehung ein Vorgehen gemäß Paragraph 288, Absatz 2, Ziffer 2 a, StPO (Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz erster Fall StPO in Verbindung mit Paragraph 285 e, StPO).

Die Einziehung des sichergestellten Suchtgifts gemäß § 34 SMG sowie das Verfallserkenntnis gemäß § 20 Abs 3 StPO bleiben – da das Urteil ausreichende Feststellungen zu einer mit Strafe bedrohten Handlung (vgl Ratz in WK2 § 21 Rz 14 ff und 26) nach dem SMG sowie zur Erlangung der für verfallen erklärten Vermögenswerte durch die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung (US 9) enthält – von der Aufhebung der Schuldsprüche unberührt (zum Einziehungserkenntnis RIS-Justiz RS0088115 [T3]; zur Konzeption des Verfalls nach § 20 StGB weder als Strafe noch als strafähnliche Maßnahme vgl VfGH 8. 10. 2015, G 154/2015 ua; vgl auch Venier in Bertel/Venier, Komm StPO § 445 Rz 1; aA Fuchs/Tipold in WK² StGB § 20a Rz 47). Die Einziehung des sichergestellten Suchtgifts gemäß Paragraph 34, SMG sowie das Verfallserkenntnis gemäß Paragraph 20, Absatz 3, StPO bleiben – da das Urteil ausreichende Feststellungen zu einer mit Strafe bedrohten Handlung vergleiche Ratz in WK2 Paragraph 21, Rz 14 ff und 26) nach dem SMG sowie zur Erlangung der für verfallen erklärten Vermögenswerte durch die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung (US 9) enthält – von der Aufhebung der Schuldsprüche unberührt (zum Einziehungserkenntnis RIS-Justiz RS0088115 [T3]; zur Konzeption des Verfalls nach Paragraph 20, StGB weder als Strafe noch als strafähnliche Maßnahme vergleiche VfGH 8. 10. 2015, G 154 aus 2015, ua; vergleiche auch Venier in Bertel/Venier, Komm StPO Paragraph 445,

Rz 1; aA Fuchs/Tipold in WK² StGB Paragraph 20 a, Rz 47).

Textnummer

E118899

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2017:0120OS00055.17F.0713.000

Im RIS seit

08.08.2017

Zuletzt aktualisiert am

01.02.2021

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