

TE OGH 2012/12/13 120s148/12z

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.12.2012

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 13. Dezember 2012 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger, Mag. Michel und Dr. Michel-Kwapinski als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwältin Mag. Fruhmann als Schriftführerin in der Strafsache gegen Friedrich G***** wegen Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 erster und fünfter Fall SMG und anderer strafbarer Handlungen über die von der Generalprokuratur gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokuratur, Generalanwältin Mag. Wachberger, des Verurteilten Friedrich G***** und des Verteidigers Dr. Kier zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 13. Dezember 2012 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger, Mag. Michel und Dr. Michel-Kwapinski als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwältin Mag. Fruhmann als Schriftführerin in der Strafsache gegen Friedrich G***** wegen Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, erster und fünfter Fall SMG und anderer strafbarer Handlungen über die von der Generalprokuratur gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokuratur, Generalanwältin Mag. Wachberger, des Verurteilten Friedrich G***** und des Verteidigers Dr. Kier zu Recht erkannt:

Spruch

Das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, verletzt das Gesetz, und zwar im Schuldspruch I./ in § 28a Abs 1 erster und fünfter Fall SMG sowie in § 488 Abs 1 StPO iVm § 270 Abs 2 Z 4, Abs 4 Z 1 StPO iVm § 260 Abs 1 Z 1 StPO und im Schuldspruch II./ durch die zu Unrecht erfolgte Unterstellung der zu I./2./b./ genannten Taten sowohl unter das Verbrechen nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG als auch unter § 27 Abs 1 erster Fall SMG, in der letztgenannten Bestimmung. Das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, verletzt das Gesetz, und zwar im Schuldspruch römisch eins./ in Paragraph 28 a, Absatz eins, erster und fünfter Fall SMG sowie in Paragraph 488, Absatz eins, StPO in Verbindung mit Paragraph 270, Absatz 2, Ziffer 4., Absatz 4, Ziffer eins, StPO in Verbindung mit Paragraph 260, Absatz eins, Ziffer eins, StPO und im Schuldspruch römisch zwei./ durch die zu Unrecht erfolgte Unterstellung der zu römisch eins./2./b./ genannten Taten sowohl unter das Verbrechen nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG als auch unter Paragraph 27, Absatz eins, erster Fall SMG, in der letztgenannten Bestimmung.

Das Urteil wird aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Graz verwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen.

Text

Gründe:

Mit rechtskräftigem, in gekürzter Form ausgefertigtem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, wurde Friedrich G***** der Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 erster und fünfter Fall SMG (I./) sowie der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG (II./ und III./) schuldig erkannt und unter Anwendung der §§ 28 Abs 1, 43a Abs 2 StGB zu einer Geldstrafe sowie zu einer für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe verurteilt. Mit rechtskräftigem, in gekürzter Form ausgefertigtem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, wurde Friedrich G***** der Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, erster und fünfter Fall SMG (römisch eins./) sowie der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall SMG (römisch zwei./ und römisch drei./) schuldig erkannt und unter Anwendung der Paragraphen 28, Absatz eins, 43 a, Absatz 2, StGB zu einer Geldstrafe sowie zu einer für eine Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe verurteilt.

Unter einem sprach das Erstgericht die Konfiskation genau bezeichneter Gegenstände nach § 19a Abs 1 StGB sowie den Verfall zugestander Suchtgifterlöse nach § 20 Abs 1 StGB aus. Unter einem sprach das Erstgericht die Konfiskation genau bezeichneter Gegenstände nach Paragraph 19 a, Absatz eins, StGB sowie den Verfall zugestander Suchtgifterlöse nach Paragraph 20, Absatz eins, StGB aus.

Nach dem Schuldspruch hat Friedrich G***** „in nachstehenden Zeiträumen in G***** und an anderen Orten vorschriftswidrig Suchtgift

I./ in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Mengerömisch eins./ in einer die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) übersteigenden Menge

1./ im Zeitraum zwischen Frühjahr 2009 bis Ende Juli 2011 erzeugt, indem er teils im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten Patrick W***** insgesamt 60 Cannabispflanzen bis zur Erntereife aufzog und daraus insgesamt ca 3.000 Gramm Marihuana, zumindest durchschnittlicher Qualität gewann;

2./ anderen überlassen, indem er

a./ im Zeitraum zwischen Frühjahr 2009 bis Ende Juli 2011 von der zu Punkt I./1./ beschriebenen Menge ca 1.150 Gramm Marihuana zumindest durchschnittlicher Qualität an die abgesondert verfolgten Marko P*****, Usman Z***** und an weitere bisher unbekannte Personen verkaufte; a./ im Zeitraum zwischen Frühjahr 2009 bis Ende Juli 2011 von der zu Punkt römisch eins./1./ beschriebenen Menge ca 1.150 Gramm Marihuana zumindest durchschnittlicher Qualität an die abgesondert verfolgten Marko P*****, Usman Z***** und an weitere bisher unbekannte Personen verkaufte;

b./ im Zeitraum von Anfang 2006 bis Herbst 2009 eine nicht mehr feststellbare, 400 Gramm jedoch nicht überschreitende Menge an Marihuana unentgeltlich an die abgesondert verfolgten Daniel B*****, Patrick W*****, Sanjin K***** und Mario S***** weitergab;

II./ erworben, indem er im Zeitraum von Anfang 2006 bis Herbst 2009 von unbekannten Lieferanten 400 Gramm Marihuana kaufte und abzüglich der in Punkt I./2./b./ genannten Menge selbst konsumierte; römisch zwei./ erworben, indem er im Zeitraum von Anfang 2006 bis Herbst 2009 von unbekannten Lieferanten 400 Gramm Marihuana kaufte und abzüglich der in Punkt römisch eins./2./b./ genannten Menge selbst konsumierte;

III./ besessen, indem er im Zeitraum zwischen Frühjahr 2009 bis Ende Juli 2011 die zu I./1./ angeführte Menge abzüglich jener zu I./2./a./ beschriebenen Menge besaß und selbst konsumierte. „römisch drei./ besessen, indem er im Zeitraum zwischen Frühjahr 2009 bis Ende Juli 2011 die zu römisch eins./1./ angeführte Menge abzüglich jener zu römisch eins./2./a./ beschriebenen Menge besaß und selbst konsumierte.“

Rechtliche Beurteilung

Wie die Generalprokuratur in ihrer gemäß § 23 Abs 1 StPO erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes insoweit zutreffend ausführt, verletzt das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, in den Schuldsprüchen I./ und II./ das Gesetz. Wie die Generalprokuratur in ihrer gemäß

Paragraph 23, Absatz eins, StPO erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes insoweit zutreffend ausführt, verletzt das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, in den Schuldsprüchen römisch eins./ und römisch zwei./ das Gesetz.

Nach der auch für die Verhandlung vor dem Landesgericht als Einzelrichter geltenden § 488 Abs 1 StPO) Bestimmung des § 270 Abs 4 StPO hat eine - unter den in dieser Vorschrift genannten, hier vorgelegenen Voraussetzungen zulässige - gekürzte Urteilsausfertigung, die in § 270 Abs 2 StPO genannten Angaben mit Ausnahme der Entscheidungsgründe, also auch die Inhaltserfordernisse nach § 260 StPO (§ 270 Abs 4 Z 1 StPO), sowie im Fall einer Verurteilung die vom Gericht als erwiesen angenommenen Tatsachen in gedrängter Darstellung (§ 270 Abs 4 Z 2 StPO) zu enthalten. Im Urteilstenor, der bei gekürzter Urteilsausfertigung die fehlenden Entscheidungsgründe als Bezugspunkt für die materiellrechtliche Beurteilung ersetzt, ist auszusprechen, welcher Tat der Angeklagte schuldig befunden worden ist, und zwar unter ausdrücklicher Bezeichnung der einen bestimmten Strafsatz bedingenden Tatumstände, worunter nichts anderes zu verstehen ist, als die für die Subsumtion entscheidenden Tatsachen (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO; RIS-Justiz RS0125764). Aus der gekürzten Urteilsausfertigung müssen daher die einen bestimmten Strafsatz bedingenden und gegebenenfalls auch die eine scheinbar bestehende Privilegierung ausschließenden Tatumstände ausdrücklich hervorgehen (RIS-Justiz RS0101786; Ratz, WK-StPO § 292 Rz 6). Nach der auch für die Verhandlung vor dem Landesgericht als Einzelrichter geltenden (Paragraph 488, Absatz eins, StPO) Bestimmung des Paragraph 270, Absatz 4, StPO hat eine - unter den in dieser Vorschrift genannten, hier vorgelegenen Voraussetzungen zulässige - gekürzte Urteilsausfertigung, die in Paragraph 270, Absatz 2, StPO genannten Angaben mit Ausnahme der Entscheidungsgründe, also auch die Inhaltserfordernisse nach Paragraph 260, StPO (Paragraph 270, Absatz 4, Ziffer eins, StPO), sowie im Fall einer Verurteilung die vom Gericht als erwiesen angenommenen Tatsachen in gedrängter Darstellung (Paragraph 270, Absatz 4, Ziffer 2, StPO) zu enthalten. Im Urteilstenor, der bei gekürzter Urteilsausfertigung die fehlenden Entscheidungsgründe als Bezugspunkt für die materiellrechtliche Beurteilung ersetzt, ist auszusprechen, welcher Tat der Angeklagte schuldig befunden worden ist, und zwar unter ausdrücklicher Bezeichnung der einen bestimmten Strafsatz bedingenden Tatumstände, worunter nichts anderes zu verstehen ist, als die für die Subsumtion entscheidenden Tatsachen (Paragraph 260, Absatz eins, Ziffer eins, StPO; RIS-Justiz RS0125764). Aus der gekürzten Urteilsausfertigung müssen daher die einen bestimmten Strafsatz bedingenden und gegebenenfalls auch die eine scheinbar bestehende Privilegierung ausschließenden Tatumstände ausdrücklich hervorgehen (RIS-Justiz RS0101786; Ratz, WK-StPO Paragraph 292, Rz 6).

In Bezug auf den Schuldspruch wegen der Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 erster und fünfter Fall SMG (I./) fehlen Konstatierungen zum Wirkstoff und zum Reinheitsgrad der tatverfangenen Suchtgifte. Da die Grenzmenge für Suchtgifte aber bezogen auf die Reinsubstanz des jeweiligen Wirkstoffs festgesetzt ist (§ 28b erster Satz SMG), sind Feststellungen über die in Rede stehenden Bruttomengen allein nicht geeignet, die vorgenommene Subsumtion zu tragen. Ausgehend von einem gerichtsnotorischen THC-Gehalt der Droge Marihuana von 0,25 % bis 8 % (RIS-Justiz RS0087895) kann aufgrund fehlender Feststellungen zur Art und zum Wirkstoffgehalt nicht beurteilt werden, ob die vom Schuldspruch I./ erfasste Erzeugung von 3.000 Gramm Marihuana „durchschnittlicher Qualität“ (I./1./) und die Überlassung einer Menge von 1.150 Gramm Marihuana „durchschnittlicher Qualität“ (I./2./a./) bzw von 400 Gramm (I./2./b.) jeweils eine die Grenzmenge des § 28b SMG übersteigende Menge von 20 Gramm reinem THC betraf (RIS-Justiz RS0111350). In Bezug auf den Schuldspruch wegen der Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, erster und fünfter Fall SMG (römisch eins./) fehlen Konstatierungen zum Wirkstoff und zum Reinheitsgrad der tatverfangenen Suchtgifte. Da die Grenzmenge für Suchtgifte aber bezogen auf die Reinsubstanz des jeweiligen Wirkstoffs festgesetzt ist (Paragraph 28 b, erster Satz SMG), sind Feststellungen über die in Rede stehenden Bruttomengen allein nicht geeignet, die vorgenommene Subsumtion zu tragen. Ausgehend von einem gerichtsnotorischen THC-Gehalt der Droge Marihuana von 0,25 % bis 8 % (RIS-Justiz RS0087895) kann aufgrund fehlender Feststellungen zur Art und zum Wirkstoffgehalt nicht beurteilt werden, ob die vom Schuldspruch römisch eins./ erfasste Erzeugung von 3.000 Gramm Marihuana „durchschnittlicher Qualität“ (römisch eins./1./) und die Überlassung einer Menge von 1.150 Gramm Marihuana „durchschnittlicher Qualität“ (römisch eins./2./a./) bzw von 400 Gramm (römisch eins./2./b.) jeweils eine die Grenzmenge des Paragraph 28 b, SMG übersteigende Menge von 20 Gramm reinem THC betraf (RIS-Justiz RS0111350).

Zudem ist das Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 erster Fall SMG zwar mit dem Abernten der Cannabispflanzen verwirklicht (RIS-Justiz RS0124029), allerdings nur, wenn dieser Vorgang eine die Grenzmenge § 28b

SMG) übersteigende Menge Suchtgift betrifft. Mehrere, für sich allein die Grenzmenge nicht übersteigende Suchtgiftquanten sind nur insoweit (zu einer die Grenzmenge übersteigenden Menge) zusammenzurechnen, als der Wille (§ 5 Abs 1 StGB) des Täters von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt umfasste. Gleichmaßen gilt dies für die Tathandlung der Überlassung. Auf diese Weise kann das Verbrechen nach § 28a Abs 1 erster bzw fünfter Fall SMG auch als tatbestandliche Handlungseinheit im Sinn einer fortlaufenden Tatbestandsverwirklichung begangen werden. Wird ein solcher Täterwille aber nicht als erwiesen angenommen, können derartige Einzelakte jeweils nur das Vergehen nach § 27 Abs 1 dritter bzw achter Fall SMG begründen (RIS-Justiz RS0124018). Zudem ist das Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, erster Fall SMG zwar mit dem Abernten der Cannabispflanzen verwirklicht (RIS-Justiz RS0124029), allerdings nur, wenn dieser Vorgang eine die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) übersteigende Menge Suchtgift betrifft. Mehrere, für sich allein die Grenzmenge nicht übersteigende Suchtgiftquanten sind nur insoweit (zu einer die Grenzmenge übersteigenden Menge) zusammenzurechnen, als der Wille (Paragraph 5, Absatz eins, StGB) des Täters von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt umfasste. Gleichmaßen gilt dies für die Tathandlung der Überlassung. Auf diese Weise kann das Verbrechen nach Paragraph 28 a, Absatz eins, erster bzw fünfter Fall SMG auch als tatbestandliche Handlungseinheit im Sinn einer fortlaufenden Tatbestandsverwirklichung begangen werden. Wird ein solcher Täterwille aber nicht als erwiesen angenommen, können derartige Einzelakte jeweils nur das Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, dritter bzw achter Fall SMG begründen (RIS-Justiz RS0124018).

Der angeführte Tatzeitraum, die Bezugnahme auf insgesamt 60 Cannabispflanzen und die Anführung mehrerer Abnehmer deuten hier, wie die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt, auf eine kontinuierliche Tatbestandsverwirklichung durch verschiedene Teilakte hin, die zur Zusammenrechnung der Feststellung des den an diese kontinuierliche Begehung geknüpften Additionseffekts umfassenden Vorsatzes des Täters bedürfte (vgl RIS-Justiz RS0124018, RS0117463, RS0112225). Eine derartige Feststellung ist der Urteilsausfertigung aber nicht zu entnehmen. Der angeführte Tatzeitraum, die Bezugnahme auf insgesamt 60 Cannabispflanzen und die Anführung mehrerer Abnehmer deuten hier, wie die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt, auf eine kontinuierliche Tatbestandsverwirklichung durch verschiedene Teilakte hin, die zur Zusammenrechnung der Feststellung des den an diese kontinuierliche Begehung geknüpften Additionseffekts umfassenden Vorsatzes des Täters bedürfte vergleiche RIS-Justiz RS0124018, RS0117463, RS0112225). Eine derartige Feststellung ist der Urteilsausfertigung aber nicht zu entnehmen.

Mit Blick auf die vom Einzelrichter angenommenen Erschwerungsgründe ist zur Klarstellung auch festzuhalten, dass jedes die Grenzmenge übersteigende Suchtgiftquantum dem Erfordernis des § 28a Abs 1 SMG genügt. Sobald der Täter mehr als die zweifache Grenzmenge an Suchtgift in Verkehr setzt, verwirklicht er ein weiteres Verbrechen nach § 28a Abs 1 SMG (RIS-Justiz RS0123911). Mit Blick auf die vom Einzelrichter angenommenen Erschwerungsgründe ist zur Klarstellung auch festzuhalten, dass jedes die Grenzmenge übersteigende Suchtgiftquantum dem Erfordernis des Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG genügt. Sobald der Täter mehr als die zweifache Grenzmenge an Suchtgift in Verkehr setzt, verwirklicht er ein weiteres Verbrechen nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG (RIS-Justiz RS0123911).

Nach dem Referat der zu I./2./b./ und II./ getroffenen Feststellungen ging der Einzelrichter davon aus, dass der Angeklagte 400 Gramm Marihuana von unbekannten Lieferanten erwarb, einen nicht mehr genau feststellbaren Teil davon an andere unentgeltlich überließ und den Rest selbst konsumierte. Unter Beachtung der in Bezug auf die Tathandlung des Überlassens zum Marihuana in einem die Grenzmenge übersteigenden Quantum angenommenen Tatbestandsmäßigkeit nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (I./2./b./) zeigt die Generalprokuratur zum Schuldspruch II./ zutreffend auf, dass aufgrund prinzipiell identer Sachlage die Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG durch sodann in Bezug auf dieselbe Suchtgiftmenge - unter der Prämisse eines Additionsvorsatzes - verwirklichte Verbrechen nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG als stillschweigend subsidiär verdrängt werden. Demzufolge war die gesonderte Anlastung des Erwerbs jener Menge an Marihuana, die der Angeklagte in der Folge nicht selbst konsumierte, sondern in einer insgesamt die Grenzmenge übersteigenden Menge anderen unentgeltlich überließ, verfehlt (RIS-Justiz RS0126213 [T1 und T4]). Nach dem Referat der zu römisch eins./2./b./ und römisch zwei./ getroffenen Feststellungen ging der Einzelrichter davon aus, dass der Angeklagte 400 Gramm Marihuana von unbekannten Lieferanten erwarb, einen nicht mehr genau feststellbaren Teil davon an andere unentgeltlich überließ und den Rest selbst konsumierte. Unter Beachtung der in Bezug auf die Tathandlung des

Überlassens zum Marihuana in einem die Grenzmenge übersteigenden Quantum angenommenen Tatbestandsmäßigkeit nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG (römisch eins./2./b./) zeigt die Generalprokuratur zum Schuldspruch römisch zwei./ zutreffend auf, dass aufgrund prinzipiell identer Sachlage die Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster und zweiter Fall SMG durch sodann in Bezug auf dieselbe Suchtgiftmenge - unter der Prämisse eines Additionsvorsatzes - verwirklichte Verbrechen nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG als stillschweigend subsidiär verdrängt werden. Demzufolge war die gesonderte Anlastung des Erwerbs jener Menge an Marihuana, die der Angeklagte in der Folge nicht selbst konsumierte, sondern in einer insgesamt die Grenzmenge übersteigenden Menge anderen unentgeltlich überließ, verfehlt (RIS-Justiz RS0126213 [T1 und T4]).

Lediglich ein über Schuldspruch I./2./b./ hinausgehender und somit vom Schuldspruch II./ erfasster Erwerb (und damit auch Besitz) von Marihuana kann den Tatbestand des § 27 Abs 1 Z 1 erster (und zweiter) Fall SMG erfüllen. Im Fall der Feststellung eines bloßen Eigenverbrauchs durch den Angeklagten würde allerdings die Privilegierung des § 27 Abs 2 SMG zum Tragen kommen. Konstatierungen zu einem Umstand, welcher die damit in der Regel verbundene Privilegierung ausschließen würde, lassen sich dem vorliegenden Schuldspruch nicht entnehmen (vgl. RIS-Justiz RS0101786; Ratz, WK-StPO § 292 Rz 6). Lediglich ein über Schuldspruch römisch eins./2./b./ hinausgehender und somit vom Schuldspruch römisch zwei./ erfasster Erwerb (und damit auch Besitz) von Marihuana kann den Tatbestand des Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster (und zweiter) Fall SMG erfüllen. Im Fall der Feststellung eines bloßen Eigenverbrauchs durch den Angeklagten würde allerdings die Privilegierung des Paragraph 27, Absatz 2, SMG zum Tragen kommen. Konstatierungen zu einem Umstand, welcher die damit in der Regel verbundene Privilegierung ausschließen würde, lassen sich dem vorliegenden Schuldspruch nicht entnehmen vergleiche RIS-Justiz RS0101786; Ratz, WK-StPO Paragraph 292, Rz 6).

Gegen den Schuldspruch III./ gerichtet bringt die Generalprokuratur vor, die Erzeugung von Suchtgift bringe es regelmäßig mit sich, dass der Erzeuger selbiges besitze. Demzufolge gelte gleiches für die Begehungsformen des Erzeugens und Besitzens von Suchtgift. Daher sei auch § 27 Abs 1 Z 1 zweiter Fall SMG subsidiär zu § 28a Abs 1 erster Fall SMG, wenn der Täter - mit von vornherein bestehendem Additionsvorsatz kontinuierlich - Suchtgift in einer die Grenzmenge (mehrfach) übersteigenden Menge erzeugt (und zumindest einen Teil davon selbst konsumiert) habe, weil dem Besitz in diesem Fall kein zusätzlicher Unrechtsgehalt mehr zukäme (Schwaighofer in WK² SMG § 27 Rz 104 mwN). Fallbezogen scheide daher die gesonderte Anlastung des Besitzens (selbst erzeugten) Suchtgifts zum Zweck, es selbst zu konsumieren (III./), neben dem Erzeugen desselben (I./1./) aus. Gegen den Schuldspruch römisch drei./ gerichtet bringt die Generalprokuratur vor, die Erzeugung von Suchtgift bringe es regelmäßig mit sich, dass der Erzeuger selbiges besitze. Demzufolge gelte gleiches für die Begehungsformen des Erzeugens und Besitzens von Suchtgift. Daher sei auch Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, zweiter Fall SMG subsidiär zu Paragraph 28 a, Absatz eins, erster Fall SMG, wenn der Täter - mit von vornherein bestehendem Additionsvorsatz kontinuierlich - Suchtgift in einer die Grenzmenge (mehrfach) übersteigenden Menge erzeugt (und zumindest einen Teil davon selbst konsumiert) habe, weil dem Besitz in diesem Fall kein zusätzlicher Unrechtsgehalt mehr zukäme (Schwaighofer in WK² SMG Paragraph 27, Rz 104 mwN). Fallbezogen scheide daher die gesonderte Anlastung des Besitzens (selbst erzeugten) Suchtgifts zum Zweck, es selbst zu konsumieren (römisch drei./), neben dem Erzeugen desselben (römisch eins./1./) aus.

Der Oberste Gerichtshof sieht keine Veranlassung, von seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach es sich beim Besitz erzeugter Suchtgiftmengen um keine straflose Nachtat handle, abzugehen.

Nach dem Referat der entscheidenden Tatsachen hat der Angeklagte im Zeitraum Frühjahr 2009 bis Ende Juli 2011 eine Teilmenge der im gleichen Zeitraum erzeugten, die Grenzmenge übersteigenden Menge, und zwar 1.850 Gramm Marihuana besessen (und selbst konsumiert).

Der Tatbestand des § 27 Abs 1 SMG enthält mehrere selbständige, untereinander nicht austauschbare Tatbilder. In Bezug auf die Tathandlungen des Besitzes und der Erzeugung handelt es sich um kumulative Mischdelikte. Der durch die Erzeugung von Suchtmitteln gleichzeitig bewirkte originäre Erwerb ist mangels Gewahrsamsübergangs von einem Vorbesitzer nicht auch dem § 27 Abs 1 erster Fall SMG zu unterstellen. Der nachfolgende, über die Erzeugung hinausgehende und mit deren Abschluss entgegen der Behauptung der Generalprokuratur nicht notwendig einhergehende Besitz von geerntetem Cannabiskraut im Sinne des § 27 Abs 1 zweiter Fall SMG bleibt hingegen zusätzlich zu einem schon verwirklichten Suchtgiftverbrechen nach § 28a Abs 1 erster Fall SMG strafbar (RIS-Justiz

RS0119509). Die Suchtmitteldelikte haben den Zweck, die Bevölkerung vor den Gefahren eines Drogenmissbrauchs zu schützen (Hinterhofer/Der Tatbestand des Paragraph 27, Absatz eins, SMG enthält mehrere selbständige, untereinander nicht austauschbare Tatbilder. In Bezug auf die Tathandlungen des Besitzes und der Erzeugung handelt es sich um kumulative Mischdelikte. Der durch die Erzeugung von Suchtmitteln gleichzeitig bewirkte originäre Erwerb ist mangels Gewahrsamsübergangs von einem Vorbesitzer nicht auch dem Paragraph 27, Absatz eins, erster Fall SMG zu unterstellen. Der nachfolgende, über die Erzeugung hinausgehende und mit deren Abschluss entgegen der Behauptung der Generalprokuratur nicht notwendig einhergehende Besitz von geerntetem Cannabiskraut im Sinne des Paragraph 27, Absatz eins, zweiter Fall SMG bleibt hingegen zusätzlich zu einem schon verwirklichten Suchtgiftverbrechen nach Paragraph 28 a, Absatz eins, erster Fall SMG strafbar (RIS-Justiz RS0119509). Die Suchtmitteldelikte haben den Zweck, die Bevölkerung vor den Gefahren eines Drogenmissbrauchs zu schützen (Hinterhofer/

Rosbaud, SMG Vor §§ 27-32 Rz 11). Davon, dass die abgeschlossene Tathandlung der Erzeugung von Suchtgift auch den Unwertgehalt der daran anschließenden, sich wie hier über einen langen Tatzeitraum von mehr als zwei Jahren erstreckenden Tathandlung des rechtswidrigen Besitzes (sei es auch zum Zwecke des Eigenkonsums) abdeckt, kann keine Rede sein. Der Tatvorwurf liegt in der Nichtaufgabe des durch die Erzeugung gewonnenen Gewahrsams (Hinterhofer/Rosbaud, SMG Vor Paragraphen 27 -, 32, Rz 11). Davon, dass die abgeschlossene Tathandlung der Erzeugung von Suchtgift auch den Unwertgehalt der daran anschließenden, sich wie hier über einen langen Tatzeitraum von mehr als zwei Jahren erstreckenden Tathandlung des rechtswidrigen Besitzes (sei es auch zum Zwecke des Eigenkonsums) abdeckt, kann keine Rede sein. Der Tatvorwurf liegt in der Nichtaufgabe des durch die Erzeugung gewonnenen Gewahrsams (Hinterhofer/

Rosbaud, SMG § 27 Rz 4).Rosbaud, SMG Paragraph 27, Rz 4).

In diesem Umfang war die Nichtigkeitsbeschwerde zur Wahrung des Gesetzes zu verwerfen.

Ein Nachteil des Verurteilten ist angesichts der aufgezeigten, dem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz anhaftenden Rechtsfehler mangels Feststellungen nicht auszuschließen. Im Hinblick auf die erforderliche Aufhebung der Schuldsprüche wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 erster und fünfter Fall SMG war auch in Betreff des Schuldspruchs III./ mit Urteilsaufhebung und Anordnung neuer Verhandlung und Entscheidung vorzugehen, weil dessen Zulässigkeit davon abhängt, ob dem Angeklagten im zweiten Rechtsgang neuerlich eine weitere, über § 27 Abs 1 und 2 SMG hinausgehende (vgl insoweit § 35 Abs 1 iVm § 37 SMG) Straftat nach dem Suchtmittelgesetz zur Last fällt (vgl RIS-Justiz RS0119278 [T7]).Ein Nachteil des Verurteilten ist angesichts der aufgezeigten, dem Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz anhaftenden Rechtsfehler mangels Feststellungen nicht auszuschließen. Im Hinblick auf die erforderliche Aufhebung der Schuldsprüche wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, erster und fünfter Fall SMG war auch in Betreff des Schuldspruchs römisch drei./ mit Urteilsaufhebung und Anordnung neuer Verhandlung und Entscheidung vorzugehen, weil dessen Zulässigkeit davon abhängt, ob dem Angeklagten im zweiten Rechtsgang neuerlich eine weitere, über Paragraph 27, Absatz eins und 2 SMG hinausgehende vergleiche insoweit Paragraph 35, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 37, SMG) Straftat nach dem Suchtmittelgesetz zur Last fällt vergleiche RIS-Justiz RS0119278 [T7]).

Der Oberste Gerichtshof sah sich daher veranlasst, das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz vom 26. Jänner 2012, GZ 15 Hv 178/11h-9, zur Gänze aufzuheben.

Das Landesgericht für Strafsachen Graz wird, wie auch die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt, im zweiten Rechtsgang zu beachten haben, dass § 20 Abs 1 StGB idF des BGBl I 2010/108 erst mit 1. Jänner 2011 in Kraft trat. Für den Fall der Nichtannahme eines Additionsvorsatzes wird zu berücksichtigen sein, dass § 20 Abs 1 StGB idF BGBl I 2002/134 (Abschöpfung der Bereicherung) für den Angeklagten in seiner Gesamtauswirkung günstiger war (§ 61 zweiter Satz StGB; RIS-Justiz RS0119545). Hat der Tätersvorsatz den an die kontinuierliche Begehung geknüpften Additionseffekt nicht mitumfasst, liegen jeweils rechtlich selbständig zu beurteilende, demnach auch gesondert einem Günstigkeitsvergleich zu unterziehende Einzelakte vor.Das Landesgericht für Strafsachen Graz wird, wie auch die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt, im zweiten Rechtsgang zu beachten haben, dass Paragraph 20, Absatz eins, StGB in der Fassung des BGBl I 2010/108 erst mit 1. Jänner 2011 in Kraft trat. Für den Fall der Nichtannahme eines Additionsvorsatzes wird zu berücksichtigen sein, dass Paragraph 20, Absatz eins, StGB in der Fassung BGBl I 2002/134 (Abschöpfung der Bereicherung) für den Angeklagten in seiner Gesamtauswirkung günstiger war (Paragraph 61,

zweiter Satz StGB; RIS-Justiz RS0119545). Hat der Tätervorsatz den an die kontinuierliche Begehung geknüpften Additionseffekt nicht mitumfasst, liegen jeweils rechtlich selbständig zu beurteilende, demnach auch gesondert einem Günstigkeitsvergleich zu unterziehende Einzelakte vor.

Für den zweiten Rechtsgang wird zu beachten sein, dass unter dem ausschließlich persönlichen Gebrauch nicht nur der Eigenkonsum, sondern auch das uneigennützige Handeln für den persönlichen Gebrauch eines anderen zu verstehen ist. Die unentgeltliche Überlassung der zum Schuldspruch I./2./b./ angeführten Suchtgiftquanten würde - bei Fehlen des den Tatbestand des § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG begründenden Additionsvorsatzes - das Vorliegen der Privilegierung des § 27 Abs 2 SMG indizieren. Für den zweiten Rechtsgang wird zu beachten sein, dass unter dem ausschließlich persönlichen Gebrauch nicht nur der Eigenkonsum, sondern auch das uneigennützige Handeln für den persönlichen Gebrauch eines anderen zu verstehen ist. Die unentgeltliche Überlassung der zum Schuldspruch römisch eins./2./b./ angeführten Suchtgiftquanten würde - bei Fehlen des den Tatbestand des Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG begründenden Additionsvorsatzes - das Vorliegen der Privilegierung des Paragraph 27, Absatz 2, SMG indizieren.

Schlagworte

Strafrecht

Textnummer

E103021

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2012:0120OS00148.12Z.1213.000

Im RIS seit

15.02.2013

Zuletzt aktualisiert am

11.07.2016

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