

TE OGH 2008/9/16 110s117/08b

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.09.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 16. September 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher, Dr. Schwab, Mag. Lendl und Dr. Bachner-Foregger als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Falmbigl als Schriftführer, in der Strafsache gegen Belal M***** wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 zweiter Fall, Abs 2 Z 1 SMG und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Schöffengericht vom 25. April 2008, GZ 23 Hv 31/08b-94, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Mag. Höppler, des Angeklagten und dessen Verteidigers Mag. Schachinger zu Recht erkannt:Der Oberste Gerichtshof hat am 16. September 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher, Dr. Schwab, Mag. Lendl und Dr. Bachner-Foregger als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Falmbigl als Schriftführer, in der Strafsache gegen Belal M***** wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, zweiter Fall, Absatz 2, Ziffer eins, SMG und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Schöffengericht vom 25. April 2008, GZ 23 Hv 31/08b-94, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Mag. Höppler, des Angeklagten und dessen Verteidigers Mag. Schachinger zu Recht erkannt:

Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Unterstellung der dem Angeklagten M***** in Punkt B) des Schuldspruchs angelasteten Tathandlungen unter § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall, Abs 3 SMG und demzufolge im Strafausspruch, jedoch unter Aufrechterhaltung der bisherigen Vorhaftanrechnung, aufgehoben und im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Unterstellung der dem Angeklagten M***** in Punkt B) des Schuldspruchs angelasteten Tathandlungen unter Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall, Absatz 3, SMG und demzufolge im Strafausspruch, jedoch unter Aufrechterhaltung der bisherigen Vorhaftanrechnung, aufgehoben und im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Belal M***** hat zu Punkt B) des Schuldspruchs das Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG begangen und wird hierfür sowie für die ihm nach den bereits rechtskräftigen Schuldsprüchen A) und C) zur Last liegenden strafbaren Handlungen (Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 zweiter Fall, Abs 2 Z 1 SMG und Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster, zweiter und achter Fall, Abs 2 SMG) unter Anwendung von § 28 StGB und § 5 Z 4 JGG nach § 28a Abs 2 SMG unter Bedachtnahme gemäß §§ 31, 40 StGB auf die Urteile des Landesgerichts Innsbruck vom 31. Juli 2007, GZ 23 Hv 97/07g-18, und vom 26. Februar 2008, GZ 22 Hv

20/08b-23, zu einer Zusatzfreiheitsstrafe von 29 (neunundzwanzig) Monaten verurteilt. Belal M***** hat zu Punkt B) des Schuldspruchs das Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG begangen und wird hierfür sowie für die ihm nach den bereits rechtskräftigen Schuldsprüchen A) und C) zur Last liegenden strafbaren Handlungen (Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, zweiter Fall, Absatz 2, Ziffer eins, SMG und Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster, zweiter und achter Fall, Absatz 2, SMG) unter Anwendung von Paragraph 28, StGB und Paragraph 5, Ziffer 4, JGG nach Paragraph 28 a, Absatz 2, SMG unter Bedachtnahme gemäß Paragraphen 31,, 40 StGB auf die Urteile des Landesgerichts Innsbruck vom 31. Juli 2007, GZ 23 Hv 97/07g-18, und vom 26. Februar 2008, GZ 22 Hv 20/08b-23, zu einer Zusatzfreiheitsstrafe von 29 (neunundzwanzig) Monaten verurteilt.

Die weitere Vorhaftanrechnung wird dem Erstgericht überlassen. Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Mit ihrer Berufung wird die Staatsanwaltschaft auf die Strafneubemessung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen - überdies einen in Rechtskraft erwachsenen Teilfreispruch (verfehlt, aber unschädlich auch von der rechtlichen Kategorie - Lendl, WK-StPO § 259 Rz 1) enthaltenden - Urteil wurde der am 12. Dezember 1988 geborene Belal M***** des Verbrechens (richtig: der Verbrechen) des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 zweiter (erg: und dritter) Fall, Abs 2 Z 1 SMG (A), des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 achter Deliktsfall, Abs 3 SMG (B) und des Vergehens (richtig: der Vergehen) des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster, zweiter und achter Deliktsfall, Abs 2 SMG (C) schuldig erkannt. Danach hat er zu datumsmäßig großteils nicht mehr feststellbaren Zeitpunkten zwischen ca Anfang 2006 und Anfang Jänner 2007 im Großraum Innsbruck, am Grenzübergang Brennerpass und an anderen Orten Mit dem angefochtenen - überdies einen in Rechtskraft erwachsenen Teilfreispruch (verfehlt, aber unschädlich auch von der rechtlichen Kategorie - Lendl, WK-StPO Paragraph 259, Rz 1) enthaltenden - Urteil wurde der am 12. Dezember 1988 geborene Belal M***** des Verbrechens (richtig: der Verbrechen) des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, zweiter (erg: und dritter) Fall, Absatz 2, Ziffer eins, SMG (A), des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Deliktsfall, Absatz 3, SMG (B) und des Vergehens (richtig: der Vergehen) des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, erster, zweiter und achter Deliktsfall, Absatz 2, SMG (C) schuldig erkannt. Danach hat er zu datumsmäßig großteils nicht mehr feststellbaren Zeitpunkten zwischen ca Anfang 2006 und Anfang Jänner 2007 im Großraum Innsbruck, am Grenzübergang Brennerpass und an anderen Orten A) im Frühjahr/Sommer 2006 im bewussten und gewollten Zusammenwirken

mit abgesondert verfolgten Personen als Mittäter (§ 12 StGB) vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge, nämlich eine ziffernmäßig nicht mehr feststellbare Menge an Cannabisprodukten jedenfalls im Kilogramm Bereich sowie nicht mehr feststellbare Mengen Kokain in zumindest zwei Schmuggelfahrten über den Grenzübergang Brennerpass von Oberitalien aus- und nach Tirol eingeführt, wobei er gewerbsmäßig handelte und schon einmal wegen einer Straftat nach § 28a Abs 1 SMG verurteilt worden ist; mit abgesondert verfolgten Personen als Mittäter (Paragraph 12, StGB) vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) übersteigenden Menge, nämlich eine ziffernmäßig nicht mehr feststellbare Menge an Cannabisprodukten jedenfalls im Kilogramm Bereich sowie nicht mehr feststellbare Mengen Kokain in zumindest zwei Schmuggelfahrten über den Grenzübergang Brennerpass von Oberitalien aus- und nach Tirol eingeführt, wobei er gewerbsmäßig handelte und schon einmal wegen einer Straftat nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG verurteilt worden ist;

B) vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich ziffernmäßig insgesamt nicht

mehr feststellbare, insgesamt die Grenzmenge (§ 28b SMG), „jedoch nicht das 15-fache der Grenzmenge“ übersteigende Mengen an Cannabisprodukten und Kokain durch in geringem Umfang kostenlose Weitergabe, größtenteils aber gewerbsmäßigen Verkauf an abgesondert verfolgte, teilweise namentlich nicht bekannte Drogenkonsumenten überlassen; mehr feststellbare, insgesamt die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG), „jedoch nicht

das 15-fache der Grenzmenge" übersteigende Mengen an Cannabisprodukten und Kokain durch in geringem Umfang kostenlose Weitergabe, größtenteils aber gewerbsmäßigen Verkauf an abgesondert verfolgte, teilweise namentlich nicht bekannte Drogenkonsumenten überlassen;

C) vorschriftswidrig Suchtgifte, nämlich ziffernmäßig insgesamt nicht

mehr feststellbare Mengen an Cannabisprodukten und Kokain zum persönlichen Gebrauch erworben, besessen und einem anderen überlassen, nämlich

1. „unerhobene" Mengen an Cannabisprodukten und Kokain durch Erwerb bei einem abgesondert Verfolgten sowie diversen weiteren, namentlich nicht bekannten Personen für den Eigenbedarf;

2. durch [unentgeltliche] Weitergabe von nicht mehr feststellbaren Mengen Kokain an einen abgesondert Verfolgten.

Rechtliche Beurteilung

Nach den im Nichtigkeitsverfahren wesentlichen Urteilsfeststellungen zum Schuldspruch B) hat der Angeklagte insgesamt mehrere Kilogramm Haschisch mit einem Reinheitsgehalt von jedenfalls über 5 % sowie über 100 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 20 % überwiegend gewinnbringend verkauft. Die Gesamtmenge von Haschisch und Kokain überstieg die Grenzmenge (§ 28b SMG) um ein Mehrfaches. Diese Suchtgiftmengen wurden vom Angeklagten „mit einer am einheitlichen Gefahrenbegriff orientierten Kontinuität in Verkehr gesetzt, was dieser ernstlich für möglich hielt und womit er sich auch abfand, ebenso mit dem daran geknüpften Additionseffekt, sodass insgesamt eine Handlungseinheit gegeben ist und die einzelnen Suchtgiftmengen zusammengezählt werden können. Dem Angeklagten kam es gerade darauf an, das Suchtgift in der angeführten Form weiterzugeben bzw anderen zu überlassen und dadurch in Verkehr zu setzen. Beim Verkauf und der Weitergabe des Suchtgiftes kam es dem Angeklagten jeweils auch gerade darauf an, sich dadurch eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Er wusste hiebei auch, dass die von ihm insgesamt in Verkehr gesetzten Suchtgiftmengen groß und im Fall der Weitergabe geeignet wären, im großen Ausmaß eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen zu lassen. Nicht festgestellt werden kann jedoch, dass der Angeklagte auch nur bei einem einzigen einzelnen Verkauf Suchtgift in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge anderen überlassen und dergestalt in Verkehr gesetzt hätte" (US 6, 7). Nach den im Nichtigkeitsverfahren wesentlichen Urteilsfeststellungen zum Schuldspruch B) hat der Angeklagte insgesamt mehrere Kilogramm Haschisch mit einem Reinheitsgehalt von jedenfalls über 5 % sowie über 100 Gramm Kokain mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 20 % überwiegend gewinnbringend verkauft. Die Gesamtmenge von Haschisch und Kokain überstieg die Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) um ein Mehrfaches. Diese Suchtgiftmengen wurden vom Angeklagten „mit einer am einheitlichen Gefahrenbegriff orientierten Kontinuität in Verkehr gesetzt, was dieser ernstlich für möglich hielt und womit er sich auch abfand, ebenso mit dem daran geknüpften Additionseffekt, sodass insgesamt eine Handlungseinheit gegeben ist und die einzelnen Suchtgiftmengen zusammengezählt werden können. Dem Angeklagten kam es gerade darauf an, das Suchtgift in der angeführten Form weiterzugeben bzw anderen zu überlassen und dadurch in Verkehr zu setzen. Beim Verkauf und der Weitergabe des Suchtgiftes kam es dem Angeklagten jeweils auch gerade darauf an, sich dadurch eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Er wusste hiebei auch, dass die von ihm insgesamt in Verkehr gesetzten Suchtgiftmengen groß und im Fall der Weitergabe geeignet wären, im großen Ausmaß eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen zu lassen. Nicht festgestellt werden kann jedoch, dass der Angeklagte auch nur bei einem einzigen einzelnen Verkauf Suchtgift in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge anderen überlassen und dergestalt in Verkehr gesetzt hätte" (US 6, 7).

Unter Hinweis auf die vom Bundesministerium für Justiz im Einführungserlass zur SMG-Novelle 2007 vertretene Rechtsansicht, wonach Voraussetzung für die Annahme gewerbsmäßiger Begehung nach dem neuen § 28a Abs 2 Z 1 SMG sei, dass der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederkehrendes Inverkehrsetzen jeweils für sich die Grenzmenge übersteigender Mengen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, und eine gegenteilige Meinung im Schrifttum unterstellte das Erstgericht „im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten" - ohne eigene Argumentation - den oben angeführten Sachverhalt § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall, Abs 3 SMG als „günstigere Rechtsansicht" (US 17; zur Nichtanwendbarkeit des Zweifelsgrundsatzes auf Rechtsfragen s Lendl, WK-StPO § 258 Rz 39). Unter Hinweis auf die vom Bundesministerium für Justiz im Einführungserlass zur SMG-Novelle 2007 vertretene Rechtsansicht, wonach Voraussetzung für die Annahme gewerbsmäßiger Begehung nach dem neuen Paragraph 28 a, Absatz 2, Ziffer eins, SMG sei, dass der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederkehrendes Inverkehrsetzen jeweils für sich die Grenzmenge übersteigender Mengen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, und eine gegenteilige Meinung im

Schrifttum unterstellte das Erstgericht „im Zweifel zu Gunsten des Angeklagten“ - ohne eigene Argumentation - den oben angeführten Sachverhalt Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall, Absatz 3, SMG als „günstigere Rechtsansicht“ (US 17; zur Nichtanwendbarkeit des Zweifelsgrundsatzes auf Rechtsfragen s Lendl, WK-StPO Paragraph 258, Rz 39).

Dagegen richtet sich die auf Z 10 des § 281 Abs 1 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, mit der diese unter Hinweis auf die oben angeführten Feststellungen eine Verurteilung des Angeklagten wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 1 SMG anstrebt. Dagegen richtet sich die auf Ziffer 10, des Paragraph 281, Absatz eins, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, mit der diese unter Hinweis auf die oben angeführten Feststellungen eine Verurteilung des Angeklagten wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 2, Ziffer eins, SMG anstrebt.

In Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur hat der Oberste Gerichtshof erwogen (vgl bereits 12 Os 48/08p, 12 Os 73/08i): In Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur hat der Oberste Gerichtshof erwogen vergleiche bereits 12 Os 48/08p, 12 Os 73/08i):

Der durch die SMG-Novelle 2007 neu eingeführte Tatbestand des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 SMG stellt im Wesentlichen eine selbstständige Qualifikation des Grundtatbestandes nach § 27 Abs 1 Z 1 SMG dar. Dieses quantitativ definierte Delikt ist erfüllt, sobald der Täter mehr als die Grenzmenge Suchtgift erzeugt, ein- oder ausführt oder einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft. Der Unterschied zwischen § 28a Abs 1 SMG und der Vorgängerbestimmung des § 28 Abs 2 SMG aF liegt nur darin, dass früher tatbildlich handelte, wer ein Suchtgift in einer großen Menge (§ 28 Abs 6 SMG aF) in Verkehr setzte, während nunmehr das Tatbild erfüllt, wer Suchtgift in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge in Verkehr setzt. Die die Grenzmenge sachlich definierenden Bestimmungen des bisher in Kraft gewesenen § 28 Abs 6 SMG aF und des neu geschaffenen § 28b SMG sind - soweit hier von Interesse - inhaltlich ident (vgl Schroll, RZ 2008, 90). Ein - wie hier - mit Additionsvorsatz erfolgtes mehrfaches In-Verkehr-Setzen kleinerer Suchtgiftquanten erfüllt ab Überschreiten der Grenzmenge im Sinn des § 28 SMG den Tatbestand des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 SMG. Der durch die SMG-Novelle 2007 neu eingeführte Tatbestand des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG stellt im Wesentlichen eine selbstständige Qualifikation des Grundtatbestandes nach Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, SMG dar. Dieses quantitativ definierte Delikt ist erfüllt, sobald der Täter mehr als die Grenzmenge Suchtgift erzeugt, ein- oder ausführt oder einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft. Der Unterschied zwischen Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG und der Vorgängerbestimmung des Paragraph 28, Absatz 2, SMG aF liegt nur darin, dass früher tatbildlich handelte, wer ein Suchtgift in einer großen Menge (Paragraph 28, Absatz 6, SMG aF) in Verkehr setzte, während nunmehr das Tatbild erfüllt, wer Suchtgift in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge in Verkehr setzt. Die die Grenzmenge sachlich definierenden Bestimmungen des bisher in Kraft gewesenen Paragraph 28, Absatz 6, SMG aF und des neu geschaffenen Paragraph 28 b, SMG sind - soweit hier von Interesse - inhaltlich ident vergleiche Schroll, RZ 2008, 90). Ein - wie hier - mit Additionsvorsatz erfolgtes mehrfaches In-Verkehr-Setzen kleinerer Suchtgiftquanten erfüllt ab Überschreiten der Grenzmenge im Sinn des Paragraph 28, SMG den Tatbestand des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG.

Die im Schuldspruch B) angeführten Tathandlungen wären daher - wie von der Beschwerdeführerin im Ergebnis zutreffend aufgezeigt - rechtsrichtig dieser Strafbestimmung zu unterstellen gewesen. Eine Differenzierung zwischen Straftaten nach § 28a Abs 1 SMG, welche durch eine einzige Tathandlung begangen werden, und solchen, welche mit einem von Anfang an bestehenden Additionsvorsatz durch sukzessive Tathandlungen erfüllt werden, sieht die auf eine Straftat nach Abs 1 abstellende Qualifikationsregelung nach § 28a Abs 2 Z 1 SMG nicht vor. Daher bezieht sich die Gewerbsmäßigkeitqualifikation auch auf ein im Sinn einer tatbestandlichen Handlungseinheit verwirklichtes Verbrechen gemäß § 28a Abs 1 SMG (vgl Schroll, RZ 2008, 92). Um bei Erfüllung des Tatbestands nach § 28a Abs 1 SMG feststellen zu können, ob der Täter mit der Absicht auf dessen wiederkehrende Begehung handelte, bedarf es - im Gegensatz zu den Ausführungen des Bundesministeriums für Justiz im Einführungserlass zur SMG-Novelle 2007 (BMJ - L 703.040/001-II 2/29008, Punkte B.2.e. und f.aa.) - weiterhin einer gedanklichen Abtrennung nach Verwirklichung einer Straftat nach § 28a Abs 1 SMG, weil sonst gewerbsmäßige Begehung weder bei sukzessiver Verbrechensverwirklichung noch bei qualifizierten Einzeltaten möglich wäre und § 28a Abs 2 Z 1 SMG ohne Anwendungsbereich bliebe. Der zitierte Erlass nimmt einerseits bei jeglichem Übersteigen der Grenzmenge nur ein Verbrechen nach § 28a Abs 1 SMG an, muss andererseits jedoch das abgelehnte gedankliche Abtrennen nach Erreichen der Übergrenzmeng e - dem

Gesetzeswortlaut folgend (arg: „Straftat nach Abs 1“) - für die Annahme gewerbsmäßiger Begehung durch Delinquenz mit Bezug auf jeweils die Grenzmenge übersteigender Mengen logisch voraussetzen. Die im Schuldspruch B) angeführten Tathandlungen wären daher - wie von der Beschwerdeführerin im Ergebnis zutreffend aufgezeigt - rechtsrichtig dieser Strafbestimmung zu unterstellen gewesen. Eine Differenzierung zwischen Straftaten nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG, welche durch eine einzige Tathandlung begangen werden, und solchen, welche mit einem von Anfang an bestehenden Additionsvorsatz durch sukzessive Tathandlungen erfüllt werden, sieht die auf eine Straftat nach Absatz eins, abstellende Qualifikationsregelung nach Paragraph 28 a, Absatz 2, Ziffer eins, SMG nicht vor. Daher bezieht sich die Gewerbsmäßigequalifikation auch auf ein im Sinn einer tatbestandlichen Handlungseinheit verwirklichtes Verbrechen gemäß Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG vergleiche Schroll, RZ 2008, 92). Um bei Erfüllung des Tatbestands nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG feststellen zu können, ob der Täter mit der Absicht auf dessen wiederkehrende Begehung handelte, bedarf es - im Gegensatz zu den Ausführungen des Bundesministeriums für Justiz im Einführungserslass zur SMG-Novelle 2007 (BMJ - L 703.040/001-II 2/29008, Punkte B.2.e. und f.aa.) - weiterhin einer gedanklichen Abtrennung nach Verwirklichung einer Straftat nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG, weil sonst gewerbsmäßige Begehung weder bei sukzessiver Verwirklichung noch bei qualifizierten Einzeltaten möglich wäre und Paragraph 28 a, Absatz 2, Ziffer eins, SMG ohne Anwendungsbereich bliebe. Der zitierte Erlass nimmt einerseits bei jeglichem Übersteigen der Grenzmenge nur ein Verbrechen nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG an, muss andererseits jedoch das abgelehnte gedankliche Abtrennen nach Erreichen der Übergrenzmengemenge - dem Gesetzeswortlaut folgend (arg: „Straftat nach Absatz eins“,) - für die Annahme gewerbsmäßiger Begehung durch Delinquenz mit Bezug auf jeweils die Grenzmenge übersteigender Mengen logisch voraussetzen.

Die Anmerkungen von Kroschl (RZ 2008, 182) zeigen mit der Darstellung des Gesetzwerdungsprozesses den rechtspolitischen Hintergrund zwar trefflich auf, vermögen jedoch bei Beachtung des in Kraft gesetzten Normtextes der Erlassintention (keine Gewerbsmäßigkeit bei sukzessiver Verwirklichung von § 28a Abs 1 StGB) kein interpretationstaugliches Gewicht zu verleihen. Die Anmerkungen von Kroschl (RZ 2008, 182) zeigen mit der Darstellung des Gesetzwerdungsprozesses den rechtspolitischen Hintergrund zwar trefflich auf, vermögen jedoch bei Beachtung des in Kraft gesetzten Normtextes der Erlassintention (keine Gewerbsmäßigkeit bei sukzessiver Verwirklichung von Paragraph 28 a, Absatz eins, StGB) kein interpretationstaugliches Gewicht zu verleihen.

Verfolgt der Täter die Absicht, das durch fortlaufende Tathandlungen verwirklichte Delikt nach § 28a Abs 1 SMG in der Weise zu wiederholen, dass er mittels eines vom Additionsvorsatz umfassten Kleinhandels mehrfach ein die Grenzmenge infolge Zusammenrechnens übersteigendes Suchtgiftquantum erzeugt, ein- oder ausführt, einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft, so handelt er - lege non distinguente - bei auf eine fortlaufende Einnahme gerichteter Tendenz (§ 70 StGB) - entgegen dem Einführungserslass des Bundesministeriums für Justiz (aaO B.2.f.aa.) - gleichermaßen gewerbsmäßig nach § 28 a Abs 2 Z 1 SMG wie bei derart begangenen qualifizierten Einzeltaten (vgl Schroll, RZ 2008, 92). Verfolgt der Täter die Absicht, das durch fortlaufende Tathandlungen verwirklichte Delikt nach Paragraph 28 a, Absatz eins, SMG in der Weise zu wiederholen, dass er mittels eines vom Additionsvorsatz umfassten Kleinhandels mehrfach ein die Grenzmenge infolge Zusammenrechnens übersteigendes Suchtgiftquantum erzeugt, ein- oder ausführt, einem anderen anbietet, überlässt oder verschafft, so handelt er - lege non distinguente - bei auf eine fortlaufende Einnahme gerichteter Tendenz (Paragraph 70, StGB) - entgegen dem Einführungserslass des Bundesministeriums für Justiz (aaO B.2.f.aa.) - gleichermaßen gewerbsmäßig nach Paragraph 28, a Absatz 2, Ziffer eins, SMG wie bei derart begangenen qualifizierten Einzeltaten vergleiche Schroll, RZ 2008, 92).

Voraussetzung in subjektiver Hinsicht ist die Absicht des Angeklagten auf die Erzielung eines fortlaufenden Einkommens durch das wiederholte Überlassen von (allenfalls sukzessive zu erreichenden) die Grenzmenge übersteigenden Suchtgiftmengen. Die vom Erstgericht zur Frage der Gewerbsmäßigkeit getroffene - von der Rechtsmittelwerberin ungerügt gebliebene - undeutliche Annahme, dem Angeklagten sei es beim Verkauf des Suchtgiftes jeweils darauf angekommen, sich „dadurch“ eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (US 7, auch 16 f), vermag demnach die Qualifikation des § 28a Abs 2 Z 1 SMG nicht zu tragen. Der Forderung nach einer Verurteilung auch wegen dieser Bestimmung fehlt somit eine Grundlage im Urteilssachverhalt. Voraussetzung in subjektiver Hinsicht ist die Absicht des Angeklagten auf die Erzielung eines fortlaufenden Einkommens durch das wiederholte Überlassen von (allenfalls sukzessive zu erreichenden) die Grenzmenge übersteigenden Suchtgiftmengen. Die vom Erstgericht zur Frage der Gewerbsmäßigkeit getroffene - von der Rechtsmittelwerberin ungerügt gebliebene - undeutliche Annahme, dem Angeklagten sei es beim Verkauf des Suchtgiftes jeweils darauf angekommen, sich „dadurch“ eine fortlaufende

Einnahme zu verschaffen (US 7, auch 16 f), vermag demnach die Qualifikation des Paragraph 28 a, Absatz 2, Ziffer eins, SMG nicht zu tragen. Der Forderung nach einer Verurteilung auch wegen dieser Bestimmung fehlt somit eine Grundlage im Urteils Sachverhalt.

Auch die - von der Beschwerdeführerin ohnehin nicht angestrebte - Annahme mehrerer Verbrechen nach dem § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG kommt fallbezogen nicht in Betracht, hat doch das Erstgericht in subjektiver Hinsicht lediglich - gleichfalls unbekämpft - angenommen, der Angeklagte habe gewusst, dass die von ihm insgesamt in Verkehr gesetzten Suchtgiftmengen „groß“ waren. Dass der Vorsatz auf das Überlassen einer die Grenzmenge mehrfach übersteigenden Quantität gerichtet war, wurde jedoch nicht konstatiert. In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde war daher das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt zu bleiben hatte, in der rechtlichen Unterstellung der dem Angeklagten M***** unter Punkt B) des Schuldspruchs angelasteten Tathandlungen unter § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall, Abs 3 SMG und demzufolge auch im Strafausspruch, jedoch unter Aufrechterhaltung der bisherigen Vorhaftanrechnung, aufzuheben, und im Umfang der Aufhebung gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst dahin zu erkennen, dass der Angeklagte zu Punkt B) des Schuldspruchs das Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG begangen hat. Auch die - von der Beschwerdeführerin ohnehin nicht angestrebte - Annahme mehrerer Verbrechen nach dem Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG kommt fallbezogen nicht in Betracht, hat doch das Erstgericht in subjektiver Hinsicht lediglich - gleichfalls unbekämpft - angenommen, der Angeklagte habe gewusst, dass die von ihm insgesamt in Verkehr gesetzten Suchtgiftmengen „groß“ waren. Dass der Vorsatz auf das Überlassen einer die Grenzmenge mehrfach übersteigenden Quantität gerichtet war, wurde jedoch nicht konstatiert. In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde war daher das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt zu bleiben hatte, in der rechtlichen Unterstellung der dem Angeklagten M***** unter Punkt B) des Schuldspruchs angelasteten Tathandlungen unter Paragraph 27, Absatz eins, Ziffer eins, achter Fall, Absatz 3, SMG und demzufolge auch im Strafausspruch, jedoch unter Aufrechterhaltung der bisherigen Vorhaftanrechnung, aufzuheben, und im Umfang der Aufhebung gemäß Paragraph 288, Absatz 2, Ziffer 3, StPO in der Sache selbst dahin zu erkennen, dass der Angeklagte zu Punkt B) des Schuldspruchs das Verbrechen des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall SMG begangen hat.

Im Übrigen war die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen. Bei der erforderlich gewordenen Strafneubemessung war § 28 StGB erschwerend das Zusammentreffen zweier Verbrechen mit einem Vergehen (die unbekämpft gebliebenen Schuldsprüche zu A) und C) binden), wozu noch jene der zweimaligen falschen Beweisaussage vor Gericht nach § 288 Abs 1 StGB (Tatzeiten 12. April und 16. Juli 2007) gemäß den zueinander im Verhältnis des § 31 StGB stehenden Urteilen des Landesgerichts Innsbruck vom 31. Juli 2007, GZ 23 Hv 97/07g-18, und vom 26. Februar 2008, GZ 22 Hv 20/08b-23, kommen; zwei im Verhältnis des § 31 StGB stehende einschlägige Vorstrafen (Punkte 3 und 4 der Strafregisterauskunft), die Tatwiederholung über einen längeren Zeitraum und der rasche Rückfall nach Haftentlassung am 17. Oktober 2005, mildernd ein teilweises Geständnis und die Begehung der nicht strafsatzbestimmenden Delikte im Alter unter 21 Jahren. Bei einem Rahmen bis fünf Jahre Freiheitsstrafe (§ 28a Abs 2 SMG iVm § 5 Z 4 JGG) ist die spruchgemäße Zusatzstrafe zu den vier und drei Monaten Freiheitsstrafe wegen § 288 Abs 1 StGB unrechts- und schuldangemessen. Im Übrigen war die Nichtigkeitsbeschwerde zu verwerfen. Bei der erforderlich gewordenen Strafneubemessung war (Paragraph 28, StGB) erschwerend das Zusammentreffen zweier Verbrechen mit einem Vergehen (die unbekämpft gebliebenen Schuldsprüche zu A) und C) binden), wozu noch jene der zweimaligen falschen Beweisaussage vor Gericht nach Paragraph 288, Absatz eins, StGB (Tatzeiten 12. April und 16. Juli 2007) gemäß den zueinander im Verhältnis des Paragraph 31, StGB stehenden Urteilen des Landesgerichts Innsbruck vom 31. Juli 2007, GZ 23 Hv 97/07g-18, und vom 26. Februar 2008, GZ 22 Hv 20/08b-23, kommen; zwei im Verhältnis des Paragraph 31, StGB stehende einschlägige Vorstrafen (Punkte 3 und 4 der Strafregisterauskunft), die Tatwiederholung über einen längeren Zeitraum und der rasche Rückfall nach Haftentlassung am 17. Oktober 2005, mildernd ein teilweises Geständnis und die Begehung der nicht strafsatzbestimmenden Delikte im Alter unter 21 Jahren. Bei einem Rahmen bis fünf Jahre Freiheitsstrafe (Paragraph 28 a, Absatz 2, SMG in Verbindung mit Paragraph 5, Ziffer 4, JGG) ist die spruchgemäße Zusatzstrafe zu den vier und drei Monaten Freiheitsstrafe wegen Paragraph 288, Absatz eins, StGB unrechts- und schuldangemessen.

Eine günstige Prognose im Sinn vom § 43a Abs 4 StGB ist nicht möglich. Eine günstige Prognose im Sinn vom Paragraph 43 a, Absatz 4, StGB ist nicht möglich.

Die Rechtsmittelwerberin war mit ihrer zum Nachteil des Angeklagten erhobenen Berufung auf die neue

Strafbemessung zu verweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO. Die Rechtsmittelwerberin war mit ihrer zum Nachteil des Angeklagten erhobenen Berufung auf die neue Strafbemessung zu verweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO.

Anmerkung

E88547 11Os117.08b

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2008:0110OS00117.08B.0916.000

Zuletzt aktualisiert am

10.11.2008

Quelle: Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at