

TE OGH 2008/8/22 120s102/08d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.08.2008

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 22. August 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Mayrhofer als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll, Dr. Schwab, Dr. Lässig und Dr. T. Solé als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Falmbigl als Schriftführer, in der Strafsache gegen Selman K***** wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG und einer weiteren strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 6. Mai 2008, GZ 065 Hv 8/08h-71, sowie über die Beschwerde gegen den zugleich gefassten Beschluss nach § 494a Abs 1 Z 4 StPO nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Mag. Höpler, des Angeklagten und seines Verteidigers Rechtsanwalt Dr. Kier zu Recht erkannt:

Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde und aus deren Anlass werden

1. das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt,

a) in der Nichtvornahme der rechtlichen Unterstellung der vom Schuldspruch I erfassten Taten unter § 28a Abs 3 SMG und

b) in der rechtlichen Unterstellung der vom Schuldspruch II erfassten Taten unter § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG,

demzufolge auch im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung, nicht aber im Umfang der Entscheidung nach § 20 StGB), sowie

2. der Beschluss nach § 494a Abs 1 Z 4 StPO

aufgehoben und hinsichtlich der vom Schuldspruch II erfassten Taten zu Recht erkannt:

Selman K***** hat durch die im Schuldspruch II angeführten Taten die Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 2 iVm Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG begangen.

Im Umfang der vom Schuldspruch I erfassten Taten und zur Strafbemessung unter Einschluss des Schuldspruchs II wird die Strafsache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Wien zurückverwiesen.

Im Übrigen wird der Angeklagte mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde, Berufung und Beschwerde auf die kassatorische Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen, auch einen rechtskräftig gewordenen Freispruch beinhaltenden Urteil wurde Selman K***** des Verbrechens (richtig: der Verbrechen; vgl 12 Os 48/08p) des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (I) und der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG (II) schuldig erkannt. Mit dem angefochtenen, auch einen rechtskräftig gewordenen Freispruch beinhaltenden Urteil wurde Selman K***** des Verbrechens (richtig: der Verbrechen; vergleiche 12 Os 48/08p) des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (römisch eins) und der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG (römisch II) schuldig erkannt.

Danach hat er in Wien vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich Kokain,

I. in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge einem anderen überlassen, indem er römisch eins. in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge einem anderen überlassen, indem er

1) im Zeitraum von Juli 2007 bis 2. Dezember 2007 in wiederholten Angriffen dem abgesondert verfolgten Muhammed G***** rund 50 Gramm brutto verkaufte;

2) im Zeitraum von August 2007 bis Oktober 2007 in wiederholten Angriffen dem abgesondert verfolgten Cihan S***** 9 Gramm brutto verkaufte;

3) im Zeitraum von Frühjahr 2007 bis November 2007 in wiederholten Angriffen der abgesondert verfolgten Nuran C***** 5 Gramm brutto übergab;

4) im Zeitraum von Dezember 2006 bis Dezember 2007 in wiederholten Angriffen dem abgesondert verfolgten Dejan M***** 3 Gramm brutto für die Vermittlung von Kunden übergab;

5) im Zeitraum von Oktober 2007 bis November 2007 in wiederholten Angriffen dem abgesondert verfolgten Mehmet E***** 3 Gramm brutto verkaufte;

II. im Zeitraum von Mai 2007 bis 4. Dezember 2007 in wiederholten Angriffen erworben und besessen römisch II. im Zeitraum von Mai 2007 bis 4. Dezember 2007 in wiederholten Angriffen erworben und besessen.

Rechtliche Beurteilung

Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 5, 10 und 11 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, der teilweise Berechtigung zukommt.

Das Erstgericht verneinte zum Schuldspruch I die Voraussetzungen einer Privilegierung gemäß § 28a Abs 3 SMG, weil es nicht feststellen konnte, dass der Beschwerdeführer an ein Suchtgift gewöhnt war und die ihm angelasteten strafbaren Handlungen vorwiegend deshalb beging, um sich für seinen persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen (US 9). Darüber hinaus hielt das Schöffengericht fest, dass der Angeklagte bereits während eines ihm nach § 39 SMG bis 30. September 2007 gewährten Strafaufschubs begann, Kokain zu konsumieren (US 7). Die fehlende Gewöhnung an Suchtgift schlossen die Tatrichter aus dem konstatierten Umstand, dass Selman K***** Kokain nur am Wochenende konsumierte (US 19). Desweiteren ging das erkennende Gericht davon aus, dass der Angeklagte Spielschulden hatte und den (nur aus den zu den Schuldsprüchen I 1, 2 und 5 dargestellten Taten erzielten) Gewinn von 620 EUR (US 9) auch zur Begleichung dieser Schulden verwendete (US 20). Das Erstgericht verneinte zum Schuldspruch I die Voraussetzungen einer Privilegierung gemäß § 28a Abs 3 SMG, weil es nicht feststellen konnte, dass der Beschwerdeführer an ein Suchtgift gewöhnt war und die ihm angelasteten strafbaren Handlungen vorwiegend deshalb beging, um sich für seinen persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen (US 9). Darüber hinaus hielt das Schöffengericht fest, dass der Angeklagte bereits während eines ihm nach § 39 SMG bis 30. September 2007 gewährten Strafaufschubs begann, Kokain zu konsumieren (US 7). Die fehlende Gewöhnung an Suchtgift schlossen die Tatrichter aus dem konstatierten Umstand, dass Selman K***** Kokain nur am Wochenende konsumierte (US 19). Desweiteren ging das erkennende Gericht davon aus, dass der Angeklagte Spielschulden hatte und den (nur aus den zu den Schuldsprüchen römisch eins 1, 2 und 5 dargestellten Taten erzielten) Gewinn von 620 EUR (US 9) auch zur Begleichung dieser Schulden verwendete (US 20).

In der rechtlichen Beurteilung vertrat das Erstgericht den Standpunkt, dass eine Gewöhnung an Suchtmittel lediglich dann vorliege, wenn der Angeklagte den Suchtmittelkonsum nur mit äußerster Willenskraft unterlassen kann (US 23). Angesichts der Tatsache, dass ein Konsum nur am Wochenende stattfand, habe daher eine solche Gewöhnung nicht

vorgelegen (US 19 und 23).

Der Beschwerdeführer kritisiert in der Subsumtionsrüge (Z 10) zu Recht die vom Erstgericht - offenbar gestützt auf Hinterhofer (in Hinterhofer/Rosbaud SMG § 27 Rz 59; vgl auch SSt 48/2) - vertretene Rechtsauffassung zu den Voraussetzungen einer Gewöhnung an ein Suchtmittel. Der Beschwerdeführer kritisiert in der Subsumtionsrüge (Z 10) zu Recht die vom Erstgericht - offenbar gestützt auf Hinterhofer (in Hinterhofer/Rosbaud SMG § 27 Rz 59; vergleiche auch SSt 48/2) - vertretene Rechtsauffassung zu den Voraussetzungen einer Gewöhnung an ein Suchtmittel.

Dieser Gesetzesbegriff wird mit der gleichen Sinnbedeutung in § 22 Abs 1 StGB sowie in den §§ 27 Abs 5 SMG § 27 Abs 2 SMG aF), § 28 Abs 4 SMG, § 28a Abs 3 SMG (§ 28 Abs 3 SMG aF), § 31 Abs 4 SMG und § 31a Abs 4 SMG verwendet. Eine solche Gewöhnung liegt nach hM einerseits dann vor, wenn das Suchtmittel auch ohne besonderen Anlass, gewissermaßen mit Selbstverständlichkeit gebraucht wird und andererseits dann, wenn der Suchtmittelgebrauch so sehr zum Bedürfnis wurde, dass er nicht oder nur mehr unter äußerster Anstrengung der Willenskräfte unterlassen werden kann (vgl Ratz in WK2 § 22 Rz 3; Leukauf/Steininger Komm3 § 22 Rz 4; Triffterer, SbgK § 22 Rz 6 ff; Eder-Rieder, Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen, 110 ff; Medigovic, Freiheitsentziehende vorbeugende Maßnahmen in Österreich, 61; EBRV 1971, 106; 13 Os 48/77, ÖJZ-LSK 1977/240). Eine Sucht im Sinne von körperlicher, medizinisch behandlungsbedürftiger Abhängigkeit wird für dieses Kriterium nicht vorausgesetzt (vgl Ratz in WK2 § 22 Rz 3; Triffterer, SbgK § 22 Rz 10; Leukauf/Steininger, Komm3 § 22 Rz 4; dies Strafrechtliche Nebengesetze 2. Ergänzungsheft 1985, 52; vgl auch 12 Os 8/05a: Gewöhnung = der aktuelle, auf fortgesetzte Einnahme des Suchtmittels gerichtete Wunsch des Suchtgiftkonsumenten). Dieser Gesetzesbegriff wird mit der gleichen Sinnbedeutung in § 22 Abs 1 StGB sowie in den §§ 27 Abs 5 SMG (§ 27 Abs 2 SMG aF), § 28 Abs 4 SMG, § 28a Abs 3 SMG (§ 28 Abs 3 SMG aF), § 31 Abs 4 SMG und § 31a Abs 4 SMG verwendet. Eine solche Gewöhnung liegt nach hM einerseits dann vor, wenn das Suchtmittel auch ohne besonderen Anlass, gewissermaßen mit Selbstverständlichkeit gebraucht wird und andererseits dann, wenn der Suchtmittelgebrauch so sehr zum Bedürfnis wurde, dass er nicht oder nur mehr unter äußerster Anstrengung der Willenskräfte unterlassen werden kann vergleiche Ratz in WK2 § 22 Rz 3; Leukauf/Steininger Komm3 § 22 Rz 4; Triffterer, SbgK § 22 Rz 6 ff; EderRieder, Die freiheitsentziehenden vorbeugenden Maßnahmen, 110 ff; Medigovic, Freiheitsentziehende vorbeugende Maßnahmen in Österreich, 61; EBRV 1971, 106; 13 Os 48/77, ÖJZ-LSK 1977/240). Eine Sucht im Sinne von körperlicher, medizinisch behandlungsbedürftiger Abhängigkeit wird für dieses Kriterium nicht vorausgesetzt vergleiche Ratz in WK2 § 22 Rz 3; Triffterer, SbgK § 22 Rz 10; Leukauf/Steininger, Komm3 § 22 Rz 4; dies Strafrechtliche Nebengesetze 2. Ergänzungsheft 1985, 52; vergleiche auch 12 Os 8/05a: Gewöhnung = der aktuelle, auf fortgesetzte Einnahme des Suchtmittels gerichtete Wunsch des Suchtgiftkonsumenten).

Nach Hinterhofer wäre im Hinblick auf die rechtspolitische Zielsetzung dieser Privilegierung (wonach der schuld mindernden Wirkung einer Abhängigkeit entsprechende Beachtung zu schenken sei; vgl EBRV SMG 110 BlgNR XX. GP, 44) der bloße Gebrauch eines Suchtmittels mit Selbstverständlichkeit - ohne weitere Einschränkungen - noch nicht als Gewöhnung einzustufen. Diese könne vielmehr erst dann angenommen werden, wenn der Betreffende vom Suchtmittel physisch oder psychisch abhängig ist und dessen Konsum entweder gar nicht oder nur mehr mit äußerster Anstrengung der Willenskraft unterlassen kann (vgl Hinterhofer in Hinterhofer/Rosbaud SMG § 27 Rz 59). Nach Hinterhofer wäre im Hinblick auf die rechtspolitische Zielsetzung dieser Privilegierung (wonach der schuld mindernden Wirkung einer Abhängigkeit entsprechende Beachtung zu schenken sei; vergleiche EBRV SMG 110 BlgNR XX. GP, 44) der bloße Gebrauch eines Suchtmittels mit Selbstverständlichkeit - ohne weitere Einschränkungen - noch nicht als Gewöhnung einzustufen. Diese könne vielmehr erst dann angenommen werden, wenn der Betreffende vom Suchtmittel physisch oder psychisch abhängig ist und dessen Konsum entweder gar nicht oder nur mehr mit äußerster Anstrengung der Willenskraft unterlassen kann vergleiche Hinterhofer in Hinterhofer/Rosbaud SMG § 27 Rz 59).

Eine solche Begrenzung des der Gewöhnung zugrunde liegenden Abhängigkeitsbegriffs ist eines schon medizinischen Krankheitswertes oder einer jedenfalls psychotherapeutischen Behandlungsbedürftigkeit ist allerdings weder dem Gesetzeswortlaut zu entnehmen, noch ergibt sich diese Auslegung aus der Systematik des Gesetzes oder dessen historischen Hintergrund bzw der Teleologie des SMG.

Die der hM entsprechende Definition der Gewöhnung umfasst in ihrer ersten Konstellation - wenn das Suchtmittel auch ohne besonderen Anlass, gewissermaßen mit Selbstverständlichkeit gebraucht wird - den regelmäßigen, in zeitlich nahe liegenden Abständen vorgenommenen, nicht notwendig täglichen Konsum von Suchtmitteln.

Die zweite Erscheinungsform der so verstandenen Gewöhnung - wenn der Suchtmittelgebrauch so sehr zum Bedürfnis wurde, dass er nur mehr unter äußerster Anstrengung der Willenskräfte unterlassen werden kann - beschreibt einen nur unter Bekämpfung von massiven entgegenstehenden Willensimpulsen unregelmäßig bleibenden, dessen ungeachtet wiederkehrenden Suchtgiftmissbrauch.

Der in der dargestellten Umschreibung des Gewöhnungsbegriffs mitumfasste Fall eines Suchtmittelmissbrauchs, welcher auch unter äußerster Anstrengung der Willenskräfte nicht mehr unterlassen werden kann, betrifft hingegen eine bereits krankheitswertige physische oder psychische Abhängigkeit, welcher ohne ärztliche oder psychotherapeutische Hilfe nicht gegengesteuert werden kann. Dieser fortgeschrittene Grad einer Abhängigkeit, die bereits einer qualifizierten Behandlung bedarf, sollte nach dem Willen der Gesetzgeber (vgl den Verweis auf § 22 StGB in JAB zur SGG-Novelle 1985, 586 BlgNR XVI GP, 6 sowie die Definition zu § 22 StGB in Dok StGB, 76) gerade nicht Voraussetzung für die Annahme einer Gewöhnung sein (vgl EBRV SMG 110 BlgNR XX. GP, 22: „... Personen, die regelmäßig Suchtgift nehmen, also an Suchtgift gewöhnt sind“; idS auch 12 Os 8/05a). Krankheitswertige Sucht bzw körperliche Abhängigkeit sind keine notwendige Voraussetzung für eine Gewöhnung (vgl Ratz in WK2 § 22 Rz 3; Leukauf/Steininger, Strafrechtliche Nebengesetze 2. Ergänzungsheft 1985, 52). Eine psychische Abhängigkeit liegt hingegen ungeachtet einer unabdingbaren Behandlungsbedürftigkeit schon dann vor, wenn das Suchtmittel auch ohne besonderen Anlass, gewissermaßen mit Selbstverständlichkeit in regelmäßigen, zeitlich nahe liegenden Abständen gebraucht wird. Der in der dargestellten Umschreibung des Gewöhnungsbegriffs mitumfasste Fall eines Suchtmittelmissbrauchs, welcher auch unter äußerster Anstrengung der Willenskräfte nicht mehr unterlassen werden kann, betrifft hingegen eine bereits krankheitswertige physische oder psychische Abhängigkeit, welcher ohne ärztliche oder psychotherapeutische Hilfe nicht gegengesteuert werden kann. Dieser fortgeschrittene Grad einer Abhängigkeit, die bereits einer qualifizierten Behandlung bedarf, sollte nach dem Willen der Gesetzgeber vergleiche den Verweis auf § 22 StGB in JAB zur SGG-Novelle 1985, 586 BlgNR römisch XVI GP, 6 sowie die Definition zu § 22 StGB in Dok StGB, 76) gerade nicht Voraussetzung für die Annahme einer Gewöhnung sein vergleiche EBRV SMG 110 BlgNR XX. GP, 22: „... Personen, die regelmäßig Suchtgift nehmen, also an Suchtgift gewöhnt sind“; idS auch 12 Os 8/05a). Krankheitswertige Sucht bzw körperliche Abhängigkeit sind keine notwendige Voraussetzung für eine Gewöhnung vergleiche Ratz in WK2 § 22 Rz 3; Leukauf/Steininger, Strafrechtliche Nebengesetze 2. Ergänzungsheft 1985, 52). Eine psychische Abhängigkeit liegt hingegen ungeachtet einer unabdingbaren Behandlungsbedürftigkeit schon dann vor, wenn das Suchtmittel auch ohne besonderen Anlass, gewissermaßen mit Selbstverständlichkeit in regelmäßigen, zeitlich nahe liegenden Abständen gebraucht wird.

Ob diese Voraussetzung erfüllt ist, wird aber durch die tatrichterlichen Konstatierungen nicht hinreichend geklärt, wobei festzuhalten ist, dass in Anbetracht der Urteilsfeststellungen, wonach der Rechtsmittelwerber bereits während einer laufenden - auf § 39 SMG gestützten - Suchtgifttherapie und nachfolgend insgesamt sieben Monate hindurch regelmäßig am Wochenende Kokain konsumierte (US 7, 19 und 23), fallbezogen ein auch ohne besonderen Anlass, gewissermaßen mit Selbstverständlichkeit erfolgter Gebrauch eines Suchtmittels und damit eine Gewöhnung indiziert ist.

Zudem rügt der Beschwerdeführer zutreffend, dass ein Rechtsfehler mangels Feststellungen im Bezug auf die weiteren Voraussetzungen der Privilegierung nach § 28a Abs 3 SMG vorliegt. Neben der substratlosen und nur die verba legalia wiedergebenden Konstatierung, wonach nicht festgestellt werden könne, dass der Angeklagte die ihm angelasteten strafbaren Handlungen vorwiegend deshalb begibt, um sich für seinen persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen (US 9), findet sich in der angefochtenen Entscheidung lediglich die Annahme, dass der Rechtsmittelwerber die Gewinne aus den Suchtgiftgeschäften auch zur Begleichung von Spielschulden verwendete (US 20). Zu Recht zeigt der Nichtigkeitswerber in diesem Zusammenhang auf, dass die Begehung der Tat zur Beschaffung des Suchtmittels oder der Mittel hierfür nicht das einzige, sondern lediglich das hauptsächliche Tatmotiv sein muss (vgl Foregger/Litzka/Matzka SMG § 27 VIII.2.; Hinterhofer in Hinterhofer/Rosbaud, SMG § 27 Rz 65; Reindl, JAP 1988/99, 104). Bezüglich eines solchen vorwiegenden - nicht notwendig einzigen - Beweggrundes finden sich im Urteil außer der Verwendung des Gesetzeswortlauts „vorwiegend“ keinerlei sachverhaltsbezogene Feststellungen, sodass insoweit eine Neudurchführung der Hauptverhandlung unumgänglich ist. Zudem rügt der Beschwerdeführer zutreffend, dass ein Rechtsfehler mangels Feststellungen im Bezug auf die weiteren Voraussetzungen der Privilegierung nach § 28a Abs 3 SMG vorliegt. Neben der substratlosen und nur die verba legalia wiedergebenden Konstatierung, wonach nicht festgestellt werden könne, dass der Angeklagte die ihm angelasteten

strafbaren Handlungen vorwiegend deshalb beging, um sich für seinen persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen (US 9), findet sich in der angefochtenen Entscheidung lediglich die Annahme, dass der Rechtsmittelwerber die Gewinne aus den Suchtgiftgeschäften auch zur Begleichung von Spielschulden verwendete (US 20). Zu Recht zeigt der Nichtigkeitswerber in diesem Zusammenhang auf, dass die Begehung der Tat zur Beschaffung des Suchtmittels oder der Mittel hierfür nicht das einzige, sondern lediglich das hauptsächliche Tatmotiv sein muss vergleiche Foregger/Litzka/MatzkaSMG § 27 römisch VIII.2.; Hinterhofer in Hinterhofer/Rosbaud, SMG § 27 Rz 65; Reindl, JAP 1988/99, 104). Bezüglich eines solchen vorwiegenden - nicht notwendig einzigen - Beweggrundes finden sich im Urteil außer der Verwendung des Gesetzeswortlauts „vorwiegend“ keinerlei sachverhaltsbezogene Feststellungen, sodass insoweit eine Neudurchführung der Hauptverhandlung unumgänglich ist.

Theoretisch wären bereits im ersten Rechtsgang bei Annahme einer Gewöhnung des Angeklagten an Suchtgift die Diversionskriterien des § 35 Abs 2 SMG selbst für den Fall zu prüfen (§ 37 SMG) gewesen, dass eine vorwiegende Tatbegehung zum Zweck der Suchtmittelbeschaffung iSd § 28a Abs 3 SMG iVm § 27 Abs 5 SMG nicht feststellbar war. Denn nicht nur die privilegierte Form des Suchtgiftshandels, sondern auch der nunmehr in die Kompetenz des Einzelrichters des Landesgerichts fallende Grundtatbestand des § 28a Abs 1 SMG unterliegt im Fall einer Gewöhnung des Täters den Diversionsbedingungen des § 35 Abs 2 SMG. Theoretisch wären bereits im ersten Rechtsgang bei Annahme einer Gewöhnung des Angeklagten an Suchtgift die Diversionskriterien des § 35 Abs 2 SMG selbst für den Fall zu prüfen (Paragraph 37, SMG) gewesen, dass eine vorwiegende Tatbegehung zum Zweck der Suchtmittelbeschaffung iSd § 28a Abs 3 SMG iVm § 27 Abs 5 SMG nicht feststellbar war. Denn nicht nur die privilegierte Form des Suchtgiftshandels, sondern auch der nunmehr in die Kompetenz des Einzelrichters des Landesgerichts fallende Grundtatbestand des § 28a Abs 1 SMG unterliegt im Fall einer Gewöhnung des Täters den Diversionsbedingungen des § 35 Abs 2 SMG.

Unter der Prämisse, dass eine solche Gewöhnung im zweiten Rechtsgang festgestellt werden könnte, wäre daher vorweg zu untersuchen, ob sachverhaltsmäßige Ansatzpunkte vorliegen, welche die Annahme der Diversionsvoraussetzungen nach § 35 Abs 2 SMG iVm § 37 SMG möglich erscheinen lassen. Unter der Prämisse, dass eine solche Gewöhnung im zweiten Rechtsgang festgestellt werden könnte, wäre daher vorweg zu untersuchen, ob sachverhaltsmäßige Ansatzpunkte vorliegen, welche die Annahme der Diversionsvoraussetzungen nach § 35 Abs 2 SMG in Verbindung mit Paragraph 37, SMG möglich erscheinen lassen.

Derartige Verfahrensergebnisse liegen aber nicht vor, weil einerseits schon die durch gewerbsmäßiges Handeln über ein Jahr hindurch geprägte Vorgangsweise und der Rückfall während einer Therapiemaßnahme nach § 39 SMG - auch unter Berücksichtigung der Suchtmittelabhängigkeit des Nichtigkeitswerbers - eine schwere Schuld indizieren, andererseits im Hinblick auf das getrübt Vorleben des Rechtsmittelwerbers ein vorläufiger Rücktritt aus präventiver Sicht weniger geeignet erscheint, einer abermaligen Delinquenz entgegenzuwirken, als eine Verurteilung (§ 35 Abs 2 Z 3 SMG). Derartige Verfahrensergebnisse liegen aber nicht vor, weil einerseits schon die durch gewerbsmäßiges Handeln über ein Jahr hindurch geprägte Vorgangsweise und der Rückfall während einer Therapiemaßnahme nach § 39 SMG - auch unter Berücksichtigung der Suchtmittelabhängigkeit des Nichtigkeitswerbers - eine schwere Schuld indizieren, andererseits im Hinblick auf das getrübt Vorleben des Rechtsmittelwerbers ein vorläufiger Rücktritt aus präventiver Sicht weniger geeignet erscheint, einer abermaligen Delinquenz entgegenzuwirken, als eine Verurteilung (§ 35 Abs 2 Ziffer 3, SMG).

Damit bedarf es keiner Aufhebung des Grundtatbestands nach § 28a Abs 1 SMG, sodass im zweiten Rechtsgang nur mehr die Privilegierungsvoraussetzungen nach § 28a Abs 3 SMG iVm § 27 Abs 5 SMG abzuklären sind. Demzufolge hat auch der Schuldspruch II Bestand, weil insoweit angesichts der Verurteilung wegen eines nicht den §§ 27 Abs 1 und 2, 30 SMG unterfallenden Suchtgiftdelikts (nämlich je nach Verfahrensergebnissen im zweiten Rechtsgang § 28a Abs 1 SMG oder § 28a Abs 3 SMG iVm § 27 Abs 5 SMG) die Voraussetzungen des § 35 Abs 1 SMG nicht mehr vorliegen. Eine diversionelle Erledigung nach § 35 Abs 2 SMG käme aber nur im Hinblick auf Schuldspruch I und II in Frage. Damit bedarf es keiner Aufhebung des Grundtatbestands nach § 28a Abs 1 SMG, sodass im zweiten Rechtsgang nur mehr die Privilegierungsvoraussetzungen nach § 28a Abs 3 SMG iVm § 27 Abs 5 SMG abzuklären sind. Demzufolge hat auch der Schuldspruch II Bestand, weil insoweit angesichts der Verurteilung wegen eines nicht den §§ 27 Abs 1 und 2, 30

SMG unterfallenden Suchtgiftdelikts (nämlich je nach Verfahrensergebnissen im zweiten Rechtsgang § 28a Abs 1 SMG oder § 28a Abs 3 SMG iVm § 27 Absatz 5, SMG) die Voraussetzungen des § 35 Abs 1 SMG nicht mehr vorliegen. Eine diversionelle Erledigung nach § 35 Abs 2 SMG käme aber nur im Hinblick auf Schuldspruch I und römisch II in Frage.

Die weitere den Schuldspruch II bekämpfende Rechtsrüge, wonach diese Taten iSd §§ 1, 61 StGB nach § 27 Abs 1 SMG aF zu beurteilen gewesen wären, weil dieses Delikt eine geringere Freiheitsstrafe vorsah als der unerlaubte Umgang mit Suchtgift nach § 27 Abs 1 Z 1 SMG, geht fehl.

Nach den Annahmen in der bekämpften Entscheidung liegt dem Angeklagten insoweit lediglich der Erwerb und Besitz von Kokain zum ausschließlich persönlichen Gebrauch zur Last (vgl US 7). Nach den Annahmen in der bekämpften Entscheidung liegt dem Angeklagten insoweit lediglich der Erwerb und Besitz von Kokain zum ausschließlich persönlichen Gebrauch zur Last (vergleiche US 7).

Die vom erkennenden Gericht vorgenommene rechtliche Beurteilung ist daher zwar verfehlt, die vom Beschwerdeführer (und ihm folgend von der Generalprokuratur) angenommene Unterstellung der Straftat unter § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG aF entspricht aber gleichfalls nicht dem Gesetz. Denn angesichts der in § 27 Abs 2 SMG vorgesehenen (mit § 27 Abs 1 SMG aF identen) Strafdrohung im Zusammenhalt mit der nunmehr gegenüber der Rechtslage vor Inkrafttreten der SMG-Novelle 2007 wesentlich weitergehenden Diversionsmöglichkeit nach § 35 Abs 1 und Abs 2 SMG ist nach § 48 SMG iVm § 61 StGB die für den Rechtsmittelwerber günstigere Bestimmung des § 27 Abs 2 iVm Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG anzuwenden. In diesem Umfang war daher die vom Schöffengericht vorgenommene rechtliche Unterstellung unter § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG in amtswegiger Wahrnehmung (§ 290 Abs 1 StPO) des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO aufzuheben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst zu entscheiden. Die vom erkennenden Gericht vorgenommene rechtliche Beurteilung ist daher zwar verfehlt, die vom Beschwerdeführer (und ihm folgend von der Generalprokuratur) angenommene Unterstellung der Straftat unter § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG aF entspricht aber gleichfalls nicht dem Gesetz. Denn angesichts der in § 27 Absatz 2, SMG vorgesehenen (mit § 27 Abs 1 SMG aF identen) Strafdrohung im Zusammenhalt mit der nunmehr gegenüber der Rechtslage vor Inkrafttreten der SMG-Novelle 2007 wesentlich weitergehenden Diversionsmöglichkeit nach § 35 Abs 1 und Absatz 2, SMG ist nach § 48 SMG in Verbindung mit § 61 StGB die für den Rechtsmittelwerber günstigere Bestimmung des § 27 Abs 2 iVm Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG anzuwenden. In diesem Umfang war daher die vom Schöffengericht vorgenommene rechtliche Unterstellung unter § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG in amtswegiger Wahrnehmung (§ 290 Abs 1 StPO) des Nichtigkeitsgrundes nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO aufzuheben und gemäß § 288 Absatz 2, Ziffer 3, StPO in der Sache selbst zu entscheiden.

Da die Anordnung einer neuen Hauptverhandlung im Hinblick auf die zum Schuldspruch I aufgezeigten Mängel nicht zu vermeiden ist, waren einerseits das Urteil, welches im Übrigen unberührt zu bleiben hatte, in der Nichtvornahme der rechtlichen Unterstellung der vom Schuldspruch I erfassten Taten unter § 28a Abs 3 SMG, demzufolge auch im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung, nicht aber im Umfang der Entscheidung nach § 20 StGB) und andererseits der damit zusammenhängende Beschluss nach § 494a Abs 1 Z 4 StPO aufzuheben und war die Sache insoweit unter Einbeziehung des Schuldspruchs II zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Wien zurückzuverweisen. Da die Anordnung einer neuen Hauptverhandlung im Hinblick auf die zum Schuldspruch I aufgezeigten Mängel nicht zu vermeiden ist, waren einerseits das Urteil, welches im Übrigen unberührt zu bleiben hatte, in der Nichtvornahme der rechtlichen Unterstellung der vom Schuldspruch römisch eins erfassten Taten unter § 28a Abs 3 SMG, demzufolge auch im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung, nicht aber im Umfang der Entscheidung nach § 20 StGB) und andererseits der damit zusammenhängende Beschluss nach § 494a Abs 1 Z 4 StPO aufzuheben und war die Sache insoweit unter Einbeziehung des Schuldspruchs II zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Wien zurückzuverweisen.

Mit seiner weiteren Nichtigkeitsbeschwerde, Berufung und Beschwerde war der Angeklagte auf diese kassatorische Entscheidung zu verweisen.

Die Kostenentscheidung stützt sich auf § 390a Abs 1 StPO.

Textnummer

E88454

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2008:0120OS00102.08D.0822.000

Im RIS seit

21.09.2008

Zuletzt aktualisiert am

25.03.2011

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