

# TE OGH 2008/1/16 130s151/07s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.01.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 16. Jänner 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher und Dr. Lässig und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger und Mag. Fuchs in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Pulker als Schriftführerin in der Strafsache gegen Norbert M\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall und Abs 4 Z 3 SMG aF und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 5. November 2007, GZ 36 Hv 121/07d-68, sowie über die Beschwerde des Angeklagten gegen den unter einem gemäß § 494a StPO gefassten Beschluss nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 16. Jänner 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher und Dr. Lässig und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger und Mag. Fuchs in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Pulker als Schriftführerin in der Strafsache gegen Norbert M\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall und Abs 4 Z 3 SMG aF und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 5. November 2007, GZ 36 Hv 121/07d-68, sowie über die Beschwerde des Angeklagten gegen den unter einem gemäß Paragraph 494 a, StPO gefassten Beschluss nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde werden das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der Subsumtion unter die Qualifikation nach § 28 Abs 3 erster Fall SMG idF vor BGBl I 2007/110, demnach auch im Strafausspruch, und die Widerrufsentscheidung aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Wiener Neustadt verwiesen. In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde werden das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der Subsumtion unter die Qualifikation nach § 28 Abs 3 erster Fall SMG in der Fassung vor BGBl I 2007/110, demnach auch im Strafausspruch, und die Widerrufsentscheidung aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Wiener Neustadt verwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen.

Mit seiner Berufung und seiner Beschwerde wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem im zweiten Rechtsgang ergangenen Urteil wurde der Angeklagte Norbert M\*\*\*\*\* unter gleichzeitiger Zusammenfassung der im ersten Rechtsgang in Rechtskraft erwachsenen Schuldsprüche wegen Straftaten nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG aF des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall und Abs 4 Z 3 SMG aF schuldig erkannt.

Danach hat er zwischen einem nicht näher feststellbaren Zeitpunkt im Jahr 2004 und Mai 2006 in Maria Enzersdorf den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift, dessen Menge zumindest das 25-fache der Grenzmenge (§ 28 Abs 6 SMG) ausmachte, nämlich (eine Reinsubstanz von mindestens 450 g) Morphin beinhaltende 2000 Kapseln Substitol Retard 200 mg und 500 Filmtabletten Compensan Retard 200 mg durch Übergabe an Elfriede P\*\*\*\*\* in Verkehr gesetzt, wobei er die im § 28 Abs 2 SMG aF bezeichneten Taten gewerbsmäßig beging.

### **Rechtliche Beurteilung**

Die dagegen vom Angeklagten aus Z 3, 5 und 10 des § 281 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde ist teilweise berechtigt.

Soweit die Rüge (Z 5 vierter Fall) die Feststellungen zu dem von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfassenden Vorsatz des Angeklagten (§ 63/II) als unbegründet in Frage stellt, war sie zufolge Teilrechtskraft zurückzuweisen (§ 285d iVm § 285a Z 1 StPO).

Die Subsumtionsrüge (Z 10) weist demgegenüber zutreffend darauf hin, dass das Erstgericht die für die Annahme der Qualifikation nach § 28 Abs 3 erster Fall SMG aF entscheidende Frage, ob der Angeklagte die Taten vorwiegend deshalb beging, um sich für den eigenen Gebrauch ein Suchtmittel oder die Mittel zu dessen Erwerb zu verschaffen, in sachverhältnismäßiger Hinsicht nicht beantwortet hat (§ 67/II), womit - in diesem Umfang - erneute Urteilsaufhebung unumgänglich ist (§§ 288 Abs 2 Z 3 zweiter Satz, 285e erster Satz StPO).

Mit seiner Berufung und seiner Beschwerde war der Angeklagte auf die kassatorische Entscheidung zu verweisen.

Im fortgesetzten Verfahren wird zu beachten sein, dass bei sachverhältnismäßigem Bejahen der im § 28a Abs 3 iVm § 27 Abs 5 SMG (§ 28 Abs 3 zweiter Satz SMG aF) angeführten Umstände - Tatbegehung durch einen an Suchtmittel Gewöhnten vorwiegend deshalb, um sich für seinen persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen - die Rechtslage fallbezogen für den (schon einmal wegen einer dem Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 SMG subsumierbaren Straftat verurteilten) Angeklagten vor dem BGBl I 2007/110 günstiger ist: Im fortgesetzten Verfahren wird zu beachten sein, dass bei sachverhältnismäßigem Bejahen der im § 28a Abs 3 in Verbindung mit § 27 Abs 5 SMG (§ 28 Abs 3 zweiter Satz SMG aF) angeführten Umstände - Tatbegehung durch einen an Suchtmittel Gewöhnten vorwiegend deshalb, um sich für seinen persönlichen Gebrauch Suchtmittel oder Mittel zu deren Erwerb zu verschaffen - die Rechtslage fallbezogen für den (schon einmal wegen einer dem Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 SMG subsumierbaren Straftat verurteilten) Angeklagten vor dem BGBl I 2007/110 günstiger ist:

Bei Vorliegen dieser privilegierenden Umstände reduziert § 28a Abs 3 SMG nur den Strafsatz, wogegen sich § 28 Abs 3 zweiter Satz SMG aF auf die Subsumtion auswirkt, derart nämlich, dass die qualifizierende strafbare Handlung nach § 28 Abs 3 erster Fall SMG aF nicht anzunehmen ist (13 Os 100/04; vgl. RIS-Justiz RS0119085). Bei Vorliegen dieser privilegierenden Umstände reduziert § 28a Abs 3 SMG nur den Strafsatz, wogegen sich § 28 Abs 3 zweiter Satz SMG aF auf die Subsumtion auswirkt, derart nämlich, dass die qualifizierende strafbare Handlung nach § 28 Abs 3 erster Fall SMG aF nicht anzunehmen ist (13 Os 100/04; vergleiche RIS-Justiz RS0119085).

Angesichts der gesetzlichen Bezugnahme auf das historische Ereignis zufolge der Wortwahl „Straftat“ im § 28a Abs 2 Z 1 SMG (siehe auch § 28a Abs 4 Z 1 SMG) anstelle einer Bezugnahme auf die gesetzliche Kategorie einer strafbaren Handlung (so noch § 28 Abs 4 Z 1 SMG aF; vgl. RIS-Justiz RS0119223), entspricht das Heranziehen einer Verurteilung wegen eines Verbrechens nach § 28 Abs 2 SMG aF bei der Subsumtion nach § 28a Abs 2 Z 1 SMG dann dem Gesetzlichkeitsgebot (§ 1 StGB, vgl. auch Art 7 MRK), wenn diese in Betreff einer die Grenzmenge (§ 28b SMG; § 28 Abs 6 SMG aF) übersteigenden Suchtgiftmenge erfolgte. Angesichts der gesetzlichen Bezugnahme auf das historische Ereignis zufolge der Wortwahl „Straftat“ im § 28a Abs 2 Z 1 SMG (siehe auch § 28a Abs 4 Z 1 SMG) anstelle einer Bezugnahme auf die gesetzliche Kategorie einer strafbaren Handlung (so noch § 28 Abs 4 Z 1 SMG aF; vergleiche RIS-Justiz RS0119223), entspricht das Heranziehen einer Verurteilung wegen eines Verbrechens nach § 28 Abs 2 SMG aF bei

der Subsumtion nach § 28a Abs 2 Ziffer eins, SMG dann dem Gesetzlichkeitsgebot (§ 1 StGB, vergleiche auch Art 7 MRK), wenn diese in Betreff einer die Grenzmenge (§ 28b SMG; § 28 Abs 6 SMG aF) übersteigenden Suchtgiftmenge erfolgte.

Der Kostenausspruch beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

**Textnummer**

E86425

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:0130OS00151.075.0116.000

**Im RIS seit**

15.02.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

24.03.2011

**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](http://www.jusline.at)