

TE OGH 2004/2/18 13Os1/04

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.02.2004

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 18. Februar 2004 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Brustbauer als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rouschal, Hon. Prof. Dr. Ratz, Hon. Prof. Dr. Schroll und Dr. Kirchbacher als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Loewe als Schriftführerin in der Strafsache gegen Johann M***** wegen Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall SMG und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 2. Juni 2003, GZ 4 a Hv 4713/00g-114, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 18. Februar 2004 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Brustbauer als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rouschal, Hon. Prof. Dr. Ratz, Hon. Prof. Dr. Schroll und Dr. Kirchbacher als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Loewe als Schriftführerin in der Strafsache gegen Johann M***** wegen Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall, Absatz 3, erster Fall SMG und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 2. Juni 2003, GZ 4 a Hv 4713/00g-114, nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schulterspruch A.1. und 2. sowie im Strafausspruch samt Vorhaftanrechnung aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen.

Mit ihren Berufungen werden der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf diese Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch einen Freispruch vom Vorwurf einer weiteren Suchtgiftübergabe (nämlich an Michael S*****) und den Ausspruch eines Verfolgungsvorbehaltens nach § 263 Abs 2 StPO hinsichtlich ihm angelasteter Unterhaltpflichtverletzungen enthält, wurde Johann M***** "des" Verbrechens nach § 28 Abs 2 (vierter Fall) und Abs 3 erster Fall SMG (A.1 und 2.) und (richtig:) der Vergehen der Körperverletzung nach § 83 Abs 1 StGB (B.1. und 2.) schuldig erkannt. Mit dem angefochtenen Urteil, das auch einen Freispruch vom Vorwurf einer weiteren Suchtgiftübergabe (nämlich an Michael S*****) und den Ausspruch eines Verfolgungsvorbehaltens nach Paragraph 263, Absatz 2, StPO hinsichtlich ihm angelasteter Unterhaltpflichtverletzungen enthält, wurde Johann M***** "des"

Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2, (vierter Fall) und Absatz 3, erster Fall SMG (A.1 und 2.) und (richtig:) der Vergehen der Körperverletzung nach Paragraph 83, Absatz eins, StGB (B.1. und 2.) schuldig erkannt.

Danach hat er

A. in der Zeit von ca 20. November 1999 bis ca 20. September 2000 den bestehenden Vorschriften zuwider gewerbsmäßig Suchtgift in einer großen Menge in Verkehr gesetzt, indem er

1. eine "derzeit nicht feststellbare" Menge Kokain "in der Größenordnung von zumindest 80 Gramm und maximal 800 Gramm" an die abgesondert verfolgte Tamara B***** verkauftet und

2. insgesamt ca 3 Gramm Kokain an den abgesondert verfolgten Johann K***** verkauftet;

B. nachgenannte Personen vorsätzlich am Körper verletzt, indem er

1. am 8. April 2000 Gerhard M***** Fußtritte versetzte, wodurch dieser eine oberflächliche Hautabschürfung mit punktförmigen Blutungen in der Größe von 7 cm an der Außenseite des linken Unterschenkels sowie eine Schwellung am Außenknöchel erlitt;

2. am 14. März 2001 Rene E***** einen Schlag und einen Stoß versetzte, wodurch dieser gegen einen Heizkörper fiel und eine Rissquetschwunde am Hinterkopf "erhielt."

Rechtliche Beurteilung

Die auf § 281 Abs 1 Z 5 und 9 lit a StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten verfehlt ihr Ziel. Keine Begründungsmängel (Z 5) werden mit dem Vorbringen aufgezeigt, dass die Feststellungen zur Menge des an Tamara B***** übergebenen Suchtgiftes nur auf ihrer in der Hauptverhandlung verlesenen Aussage beruhen (US 10) und die in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen dazu keine eigenen Wahrnehmungen machen konnten. Die auf Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 5 und 9 Litera a, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten verfehlt ihr Ziel. Keine Begründungsmängel (Ziffer 5,) werden mit dem Vorbringen aufgezeigt, dass die Feststellungen zur Menge des an Tamara B***** übergebenen Suchtgiftes nur auf ihrer in der Hauptverhandlung verlesenen Aussage beruhen (US 10) und die in der Hauptverhandlung vernommenen Zeugen dazu keine eigenen Wahrnehmungen machen konnten.

Ob der Angeklagte am 24. August 2000, als er mit Michael S***** (vgl den Teilstreitpunkt) unterwegs war, von einem unbekannten Mann Kokain "von zumindest durchschnittlicher Qualität ('Straßenqualität')" bezog (US 7), ist für den Schulterspruch nicht von Bedeutung, weshalb ein insoweit geltend gemachter Begründungsmangel (Z 5 vierter Fall) keine entscheidende Tatsache betrifft. Dem Urteil ist kein Zusammenhang dieses Geschehens mit der Übergabe von Suchtgift laut A.1. und 2. zu entnehmen. Ob der Angeklagte am 24. August 2000, als er mit Michael S***** vergleiche den Teilstreitpunkt) unterwegs war, von einem unbekannten Mann Kokain "von zumindest durchschnittlicher Qualität ('Straßenqualität')" bezog (US 7), ist für den Schulterspruch nicht von Bedeutung, weshalb ein insoweit geltend gemachter Begründungsmangel (Ziffer 5, vierter Fall) keine entscheidende Tatsache betrifft. Dem Urteil ist kein Zusammenhang dieses Geschehens mit der Übergabe von Suchtgift laut A.1. und 2. zu entnehmen.

Weshalb erörterungsbedürftig sein soll, ob der Angeklagte täglich Suchtgift verkauftet, ist nicht zu ersehen.

Das Vorbringen, zum Schulterspruch B.1. "traf das Erstgericht keinerlei Feststellungen und ließ diese auch unbegründet, wie es zu dieser Körperverletzung kam", ist in sich widersprüchlich. Ein Begründungsmangel wird damit weder deutlich noch bestimmt bezeichnet (§§ 285 Abs 1 zweiter Satz, 285 a Z 2 StPO). Das Vorbringen, zum Schulterspruch B.1. "traf das Erstgericht keinerlei Feststellungen und ließ diese auch unbegründet, wie es zu dieser Körperverletzung kam", ist in sich widersprüchlich. Ein Begründungsmangel wird damit weder deutlich noch bestimmt bezeichnet (Paragraphen 285, Absatz eins, zweiter Satz, 285 a Ziffer 2, StPO).

Die übrigen Einwände im Rahmen der Mängel- und der Rechtsrüge (Z 9 lit a) wenden sich nach Art einer zur Anfechtung kollegialgerichtlicher Urteile im Gesetz nicht vorgesehenen Schuldberufung gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichtes. Gegen den Schulterspruch B.2. wird in der uneingeschränkt auf (Urteilsaufhebung und) Freispruch oder Zurückverweisung zu neuer Verhandlung und Entscheidung gerichteten Beschwerde nichts vorgebracht. Die übrigen Einwände im Rahmen der Mängel- und der Rechtsrüge (Ziffer 9, Litera a,) wenden sich nach Art einer zur

Anfechtung kollegialgerichtlicher Urteile im Gesetz nicht vorgesehenen Schuldberufung gegen die Beweiswürdigung des Erstgerichtes. Gegen den Schulterspruch B.2. wird in der uneingeschränkt auf (Urteilsaufhebung und) Freispruch oder Zurückverweisung zu neuer Verhandlung und Entscheidung gerichteten Beschwerde nichts vorgebracht.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher teils als offenbar unbegründet, teils als nicht gesetzmäßig ausgeführt bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 Z 1 und 2 StPO). Aus Anlass der Beschwerde war gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO zu Gunsten des Angeklagten eine dem Urteil in Ansehung des Schulterspruches A.1. und 2. anhaftende Nichtigkeit (Z 10) von Amts wegen aufzugreifen. Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher teils als offenbar unbegründet, teils als nicht gesetzmäßig ausgeführt bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (Paragraph 285 d, Absatz eins, Ziffer eins und 2 StPO). Aus Anlass der Beschwerde war gemäß Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO zu Gunsten des Angeklagten eine dem Urteil in Ansehung des Schulterspruches A.1. und 2. anhaftende Nichtigkeit (Ziffer 10,) von Amts wegen aufzugreifen.

Der vorliegend in Rede stehende vierte Fall des § 28 Abs 2 SMG ist – bei entsprechendem Vorsatz in Bezug auf die Reinsubstanz des Wirkstoffes – stets, aber nicht nur dann erfüllt, wenn eine die jeweilige Grenzmenge (§ 28 Abs 6 SMG) erreichende Suchtgiftquantität durch einen Einzelakt in Verkehr gesetzt wird. Der vorliegend in Rede stehende vierte Fall des Paragraph 28, Absatz 2, SMG ist – bei entsprechendem Vorsatz in Bezug auf die Reinsubstanz des Wirkstoffes – stets, aber nicht nur dann erfüllt, wenn eine die jeweilige Grenzmenge (Paragraph 28, Absatz 6, SMG) erreichende Suchtgiftquantität durch einen Einzelakt in Verkehr gesetzt wird.

Bei sukzessivem Inverkehrsetzen mehrerer, für sich allein die Grenzmenge nicht erreichender Suchtgiftquanten sind diese nur dann zu jeweils großen Mengen zusammenzurechnen, wenn der Wille (§ 5 StGB) des Täters von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfasst. Auf diese Weise kann das Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG auch als tatbestandliche Handlungseinheit iS einer fortlaufenden Tatbestandsverwirklichung begangen werden. Wird ein solcher Täterwille nicht als erwiesen angenommen, können derartige Einzelakte nur jeweils das Vergehen nach § 27 Abs 1 sechster oder siebter Fall SMG begründen. Nach Erreichen der Grenzmenge ist jeweils gedanklich abzutrennen und demzufolge die große Menge (§ 28 Abs 2 SMG) der Grenzmenge (§ 28 Abs 6 SMG) gleichzusetzen (zum Ganzen ausführlich 13 Os 10/03 = EvBl 2003/133 mwN). Bei sukzessivem Inverkehrsetzen mehrerer, für sich allein die Grenzmenge nicht erreichender Suchtgiftquanten sind diese nur dann zu jeweils großen Mengen zusammenzurechnen, wenn der Wille (Paragraph 5, StGB) des Täters von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfasst. Auf diese Weise kann das Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG auch als tatbestandliche Handlungseinheit iS einer fortlaufenden Tatbestandsverwirklichung begangen werden. Wird ein solcher Täterwille nicht als erwiesen angenommen, können derartige Einzelakte nur jeweils das Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, sechster oder siebter Fall SMG begründen. Nach Erreichen der Grenzmenge ist jeweils gedanklich abzutrennen und demzufolge die große Menge (Paragraph 28, Absatz 2, SMG) der Grenzmenge (Paragraph 28, Absatz 6, SMG) gleichzusetzen (zum Ganzen ausführlich 13 Os 10/03 = EvBl 2003/133 mwN).

Angesichts materiellrechtlicher Gleichwertigkeit von Real- und Idealkonkurrenz macht es für die Anzahl begründeter (gleichartiger) Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG keinen Unterschied, ob die jeweils großen Mengen (= Grenzmengen iS des § 28 Abs 6 SMG) tateinheitlich oder tatmehrheitlich in Verkehr gesetzt wurden (vgl JBl 1983, 659 und JBl 2000, 327, mit jeweils zust Anm von Burgstaller). Angesichts materiellrechtlicher Gleichwertigkeit von Real- und Idealkonkurrenz macht es für die Anzahl begründeter (gleichartiger) Verbrechen nach § 28 Absatz 2, vierter Fall SMG keinen Unterschied, ob die jeweils großen Mengen (= Grenzmengen iS des Paragraph 28, Absatz 6, SMG) tateinheitlich oder tatmehrheitlich in Verkehr gesetzt wurden vergleiche JBl 1983, 659 und JBl 2000, 327, mit jeweils zust Anmerkung von Burgstaller).

Wurde den Urteilsfeststellungen zufolge vorsätzlich eine Suchtgiftmenge in Verkehr gesetzt, deren Reinsubstanz an Wirkstoff dem Zwei- oder Mehrfachen der Grenzmenge entspricht, sind daher dadurch mehrere Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG verwirklicht. Für diese rechtliche Beurteilung ist es konsequenterweise gleichgültig, ob die Suchtgiftmenge durch einen Einzelakt oder, wenn der konstatierte Wille des Täters von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfasste, sukzessiv in Verkehr gesetzt wurde (dazu und zur "Restmenge" nach gedanklichem Abzug der in der Gesamtmenge enthaltenen "großen" Mengen abermals EvBl 2003/133). Für die Qualifikation nach § 28 Abs 3 erster Fall SMG verlangt das Gesetz die gewerbsmäßige Begehung der "im Abs 2 bezeichneten Tat", mithin die Absicht, sich durch wiederkehrendes Inverkehrsetzen einer jeweils großen

Menge eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Soweit sich die Absicht nur auf das Inverkehrsetzen von Suchtgiftquanten unterhalb der Grenzmenge bezieht, vermag sie die Qualifikation des § 28 Abs 3 erster Fall SMG nicht zu begründen. Anhand der Feststellungen des Erstgerichtes lässt sich jedoch weder eine Differenzierung der zu A.1. und 2. zusammengefassten Straftaten des Angeklagten nach § 27 Abs 1 sechster Fall SMG oder § 28 Abs 2 vierter Fall SMG vornehmen noch beurteilen, ob der Angeklagte – im Fall eines oder mehrerer Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG – nach § 28 Abs 3 erster Fall SMG gewerbsmäßig gehandelt hat (EvBl 2003/133 mwN). Wurde den Urteilsfeststellungen zufolge vorsätzlich eine Suchtgiftmenge in Verkehr gesetzt, deren Reinsubstanz an Wirkstoff dem Zwei- oder Mehrfachen der Grenzmenge entspricht, sind daher dadurch mehrere Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG verwirklicht. Für diese rechtliche Beurteilung ist es konsequenterweise gleichgültig, ob die Suchtgiftmenge durch einen Einzelakt oder, wenn der konstatierte Wille des Täters von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfasste, sukzessiv in Verkehr gesetzt wurde (dazu und zur "Restmenge" nach gedanklichem Abzug der in der Gesamtmenge enthaltenen "großen" Mengen abermals EvBl 2003/133). Für die Qualifikation nach Paragraph 28, Absatz 3, erster Fall SMG verlangt das Gesetz die gewerbsmäßige Begehung der "im Absatz 2, bezeichneten Tat", mithin die Absicht, sich durch wiederkehrendes Inverkehrsetzen einer jeweils großen Menge eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Soweit sich die Absicht nur auf das Inverkehrsetzen von Suchtgiftquanten unterhalb der Grenzmenge bezieht, vermag sie die Qualifikation des Paragraph 28, Absatz 3, erster Fall SMG nicht zu begründen. Anhand der Feststellungen des Erstgerichtes lässt sich jedoch weder eine Differenzierung der zu A.1. und 2. zusammengefassten Straftaten des Angeklagten nach Paragraph 27, Absatz eins, sechster Fall SMG oder Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG vornehmen noch beurteilen, ob der Angeklagte – im Fall eines oder mehrerer Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG – nach Paragraph 28, Absatz 3, erster Fall SMG gewerbsmäßig gehandelt hat (EvBl 2003/133 mwN).

Damit ist – so auch die Stellungnahme der Generalprokurator – eine neue Hauptverhandlung nicht zu vermeiden (§§ 285e erster Satz, 288 Abs 2 Z 3 zweiter Satz StPO). Damit ist – so auch die Stellungnahme der Generalprokurator – eine neue Hauptverhandlung nicht zu vermeiden (Paragraphen 285 e, erster Satz, 288 Absatz 2, Ziffer 3, zweiter Satz StPO).

Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten beruht auf § 390a Abs 1 StPO. Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten beruht auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO.

Anmerkung

E72251 13Os1.04

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2004:0130OS00001.04.0218.000

Dokumentnummer

JJT_20040218_OGH0002_0130OS00001_0400000_000

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