

TE OGH 2003/3/12 130s156/02

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 12.03.2003

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 12. März 2003 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Brustbauer als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rouschal, Dr. Ratz, Dr. Danek und Dr. Kirchbacher als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Trauner als Schriftführer, in der Strafsache gegen Stefan G***** wegen des Verbrechens nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG und anderer Straftaten über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch als Schöffengericht vom 26. August 2002, GZ 20 Hv 162/02p-11, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 12. März 2003 durch den Vizepräsidenten des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Brustbauer als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Rouschal, Dr. Ratz, Dr. Danek und Dr. Kirchbacher als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Trauner als Schriftführer, in der Strafsache gegen Stefan G***** wegen des Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG und anderer Straftaten über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Feldkirch als Schöffengericht vom 26. August 2002, GZ 20 Hv 162/02p-11, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das ansonsten unberührt bleibt, in dem zu Pkt I ergangenen Schuldspruch sowie im Strafausspruch aufgehoben und die Sache wird im Umfang der Aufhebung an das Landesgericht Feldkirch zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen. In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das ansonsten unberührt bleibt, in dem zu Pkt römisch eins ergangenen Schuldspruch sowie im Strafausspruch aufgehoben und die Sache wird im Umfang der Aufhebung an das Landesgericht Feldkirch zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen. Dem Angeklagten fallen auch die auf den erfolglos gebliebenen Teil seiner Nichtigkeitsbeschwerde entfallenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Stefan G***** wurde "des Verbrechens" nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG (I) und "des Vergehens" nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG (II) schuldig erkannt. Stefan G***** wurde "des Verbrechens" nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG (römisch eins) und "des Vergehens" nach Paragraph 27, Absatz eins, erster und zweiter Fall SMG (römisch II) schuldig erkannt.

Danach hat er in Vorarlberg den bestehenden Vorschriften zuwider

I. von Mai 2001 bis Juli 2001 ein Suchtgift in einer großen Menge (§ 28 Abs 6 SMG), nämlich insgesamt "mindestens ca" 800 Gramm Marihuana (64 g THC; vgl US 4) durch Übergabe an nicht namentlich bekannte Drogenkonsumenten in Verkehr gesetzt; römisch eins. von Mai 2001 bis Juli 2001 ein Suchtgift in einer großen Menge (Paragraph 28, Absatz 6, SMG), nämlich insgesamt "mindestens ca" 800 Gramm Marihuana (64 g THC; vergleiche US 4) durch Übergabe an nicht namentlich bekannte Drogenkonsumenten in Verkehr gesetzt;

II. von April 2001 bis April 2002 (zu ergänzen:) wiederholt geringe Mengen Marihuana "erworben und besessen, und zwar konsumiert" (vgl aber § 260 Abs 1 Z 1 StPO iVm § 27 Abs 1 erster Fall SMG) römisch II. von April 2001 bis April 2002 (zu ergänzen:) wiederholt geringe Mengen Marihuana "erworben und besessen, und zwar konsumiert" vergleiche aber Paragraph 260, Absatz eins, Ziffer eins, StPO in Verbindung mit Paragraph 27, Absatz eins, erster Fall SMG).

Rechtliche Beurteilung

Der vom Angeklagten gegen den zu Pkt I ergangenen Schuldspruch aus Z 4, 5 und 5a des § 281 Abs 1 StPO - gegen den Schuldspruch wegen der Vergehen nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG aber ohne Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes, und damit in diesem Umfang unzulässig (§§ 285 Abs 1 zweiter Satz, 285a Z 2 StPO) - ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde kommt insoweit Berechtigung zu. Zutreffend macht nämlich der Beschwerdeführer einen inneren Widerspruch der zur weitergegebenen Suchtgiftmenge angestellten beweiswürdigen Erwägungen geltend (US 7; Z 5 dritter Fall). Die zugunsten des Angeklagten vom Erstgericht in Rechnung gestellte Annahme, dass dieser das von Benjamin M***** bezogene Marihuana jeweils zwischen sich und drei Begleitern aufgeteilt hat, ist in der Tat mit der daraus gezogenen Schlussfolgerung, wonach die Aufteilung unter insgesamt drei Personen stattgefunden habe, nach Maßgabe der Denkgesetze unvereinbar. Der vom Angeklagten gegen den zu Pkt römisch eins ergangenen Schuldspruch aus Ziffer 4, 5 und 5a des Paragraph 281, Absatz eins, StPO - gegen den Schuldspruch wegen der Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, erster und zweiter Fall SMG aber ohne Bezeichnung eines Nichtigkeitsgrundes, und damit in diesem Umfang unzulässig (Paragraphen 285, Absatz eins, zweiter Satz, 285a Ziffer 2, StPO) - ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde kommt insoweit Berechtigung zu. Zutreffend macht nämlich der Beschwerdeführer einen inneren Widerspruch der zur weitergegebenen Suchtgiftmenge angestellten beweiswürdigen Erwägungen geltend (US 7; Ziffer 5, dritter Fall). Die zugunsten des Angeklagten vom Erstgericht in Rechnung gestellte Annahme, dass dieser das von Benjamin M***** bezogene Marihuana jeweils zwischen sich und drei Begleitern aufgeteilt hat, ist in der Tat mit der daraus gezogenen Schlussfolgerung, wonach die Aufteilung unter insgesamt drei Personen stattgefunden habe, nach Maßgabe der Denkgesetze unvereinbar.

Überdies lässt sich allein aus der Tatsache, dass G***** zum Ankauf der insgesamt "ca 1400 bis 1600" Gramm Marihuana "zumeist immer zusammen mit anderen Personen, zumeist zwei, manchmal auch mehr, gekommen" ist, ohne Missachtung des Willkürverbotes (Z 5 vierter Fall) nicht auf das Inverkehrsetzen von (zumindest) einer großen Menge THC (bei 8 %igem Marihuana [US 4]: 250 Gramm) an diese Begleiter schließen. Überdies lässt sich allein aus der Tatsache, dass G***** zum Ankauf der insgesamt "ca 1400 bis 1600" Gramm Marihuana "zumeist immer zusammen mit anderen Personen, zumeist zwei, manchmal auch mehr, gekommen" ist, ohne Missachtung des Willkürverbotes (Ziffer 5, vierter Fall) nicht auf das Inverkehrsetzen von (zumindest) einer großen Menge THC (bei 8 %igem Marihuana [US 4]: 250 Gramm) an diese Begleiter schließen.

Sollte im solcherart notwendig gewordenen (§ 285e erster Satz StPO) zweiten Rechtsgang erneut die Feststellung getroffen werden, dass in (die Grenzmenge nicht erreichenden) Teilmengen insgesamt Suchtgift in (zumindest) einer großen Menge vom Angeklagten in Verkehr gesetzt wurde, dürfte ein Schuldspruch wegen eines oder mehrerer Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG nur insoweit erfolgen, als zugleich feststeht, dass der Wille des Angeklagten von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfasste (JBl 2001, 802, EvBl 1999/216, EvBl 2000/136, EvBl 2001/54, 13 Os 74/02, 13 Os 131/02 uva). Sollte im solcherart notwendig gewordenen (Paragraph 285 e, erster Satz StPO) zweiten Rechtsgang erneut die Feststellung getroffen werden, dass in (die Grenzmenge nicht erreichenden) Teilmengen insgesamt Suchtgift in (zumindest) einer großen Menge vom Angeklagten in Verkehr gesetzt wurde, dürfte ein Schuldspruch wegen eines oder mehrerer Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG nur insoweit erfolgen, als zugleich feststeht, dass der Wille des Angeklagten von vornherein die kontinuierliche Begehung und den daran geknüpften Additionseffekt mitumfasste (JBl 2001, 802, EvBl 1999/216, EvBl 2000/136, EvBl 2001/54, 13 Os 74/02, 13 Os 131/02 uva).

Dies aufgrund nachstehender Überlegungen:

§ 28 Abs 2 SMG beinhaltet als sog kumulatives Mischdelikt drei verschiedene, jeweils auf ein Suchtgift in einer großen Menge bezogene Tatbestände, nämlich der Erzeugung (erster Fall), der vertauschbaren Alternativen der Ein- und Ausfuhr (zweiter und dritter Fall) sowie des Inverkehrsetzens (vierter Fall; Paragraph 28, Absatz 2, SMG beinhaltet als sog kumulatives Mischdelikt drei verschiedene, jeweils auf ein Suchtgift in einer großen Menge bezogene Tatbestände, nämlich der Erzeugung (erster Fall), der vertauschbaren Alternativen der Ein- und Ausfuhr (zweiter und dritter Fall) sowie des Inverkehrsetzens (vierter Fall);

Foregger/Litzka/Matzka SMG § 27 Erl VI.2, 14 Os 110/99, 13 Os 60/00). Der vorliegend zu prüfende 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. Foregger/Litzka/Matzka SMG Paragraph 27, Erl römisch VI.2, 14 Os 110/99, 13 Os 60/00). Der vorliegend zu prüfende 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 (EvBl 1999/216, 2000/136, 2001/54; JBl 2001, 802; 13 Os 74/02). 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 (zuletzt: 13 Os 131/02). Der von § 28 Abs 6 SMG dem Bundesminister erteilte Gesetzauftrag, für die einzelnen Suchtgifte die "Untergrenze" einer großen Menge (Grenzmenge) mit Verordnung festzusetzen, kann nicht bedeuten, dass bei Überschreiten dieser Grenze durch Inverkehrsetzen einer größeren Suchtgiftmenge stets nur ein einziges Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG begründet wird, weil sonst gewerbsmäßige Begehung in Ansehung insgesamt großer Mengen beim Inverkehrsetzen für sich allein die Grenzmenge nicht erreichender Teilmengen nahezu stets aus logischen Gründen verneint werden müsste (vgl JBl 2001, 802) und § 28 Abs 3 erster Satz (erster Fall) SMG in diesem kriminalpolitisch bedeutenden Anwendungsbereich seines Schutzzweckes verlustig ginge. Daher ist nach Erreichen der Grenzmenge jeweils gedanklich abzutrennen (EvBl 2001/54, JBl 2001, 802; 11 Os 123, 124/00, 13 Os 74/02) und demzufolge die große Menge (§ 28 Abs 2 SMG) der Grenzmenge (§ 28 Abs 6 SMG) gleichzusetzen. 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 (EvBl 1999/216, 2000/136, 2001/54; JBl 2001, 802; 13 Os 74/02). 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 (zuletzt: 13 Os 131/02). Der von Paragraph 28, Absatz 6, SMG dem Bundesminister erteilte Gesetzauftrag, für die einzelnen Suchtgifte die "Untergrenze" einer großen Menge (Grenzmenge) mit Verordnung festzusetzen, kann nicht bedeuten, dass bei Überschreiten dieser Grenze durch Inverkehrsetzen einer größeren Suchtgiftmenge stets nur ein einziges Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG begründet wird, weil sonst gewerbsmäßige Begehung in Ansehung insgesamt großer Mengen beim Inverkehrsetzen für sich allein die Grenzmenge nicht erreichender Teilmengen nahezu stets aus logischen Gründen verneint werden müsste vergleiche JBl 2001, 802) und Paragraph 28, Absatz 3, erster Satz (erster Fall) SMG in diesem kriminalpolitisch bedeutenden Anwendungsbereich seines Schutzzweckes verlustig ginge. Daher ist nach Erreichen der Grenzmenge jeweils gedanklich abzutrennen (EvBl 2001/54, JBl 2001, 802; 11 Os 123, 124/00, 13 Os 74/02) und demzufolge die große Menge (Paragraph 28, Absatz 2, SMG) der Grenzmenge (Paragraph 28, Absatz 6, SMG) gleichzusetzen.

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 (= Grenzmenge 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 Paragraph 28, Absatz 2, vierter

Fall SMG keinen Unterschied, ob die jeweils großen Mengen (= Grenzmengen iS des Paragraph 28, Absatz 6, SMG) tateinheitlich oder tateinheitlich in Verkehr gesetzt wurden (vergleiche JBl 1983, 659 und JBl 2000, 327, mit jeweils zur 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. 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.

In Ansehung einer "Restmenge", womit der nach gedanklichem Abzug der in der Gesamtmenge enthaltenen "großen" Mengen (= Grenzmengen) verbleibende Überrest des in Verkehr gesetzten Suchtgiftes gemeint ist, liegen - gleichermaßen im Fall eines Einzelaktes wie (trotz des beschriebenen Gesamtvorsatzes) im Fall sukzessiven Inverkehrsetzens - ein (oder mehrere) Vergehen nach § 27 Abs 1 sechster oder siebter Fall SMG oder ein im Versuchsstadium gebliebenes weiteres Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall SMG vor. Ob hinsichtlich der Restmenge statt § 27 Abs 1 sechster oder siebter Fall SMG ein solches im Versuchsstadium gebliebenes weiteres Verbrechen anzunehmen ist, hängt fallbezogen davon ab, ob der Täter seinen Entschluss, erneut eine große Menge in Verkehr zu setzen, schon durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt hat. In Ansehung einer "Restmenge", womit der nach gedanklichem Abzug der in der Gesamtmenge enthaltenen "großen" Mengen (= Grenzmengen) verbleibende Überrest des in Verkehr gesetzten Suchtgiftes gemeint ist, liegen - gleichermaßen im Fall eines Einzelaktes wie (trotz des beschriebenen Gesamtvorsatzes) im Fall sukzessiven Inverkehrsetzens - ein (oder mehrere) Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, sechster oder siebter Fall SMG oder ein im Versuchsstadium gebliebenes weiteres Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, vierter Fall SMG vor. Ob hinsichtlich der Restmenge statt Paragraph 27, Absatz eins, sechster oder siebter Fall SMG ein solches im Versuchsstadium gebliebenes weiteres Verbrechen anzunehmen ist, hängt fallbezogen davon ab, ob der Täter seinen Entschluss, erneut eine große Menge in Verkehr zu setzen, schon durch eine der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung betätigt hat.

§ 28 Abs 4 Z 3 SMG stellt übrigens angesichts fehlender Gewerbsmäßigkeitqualifikation eine - mit dem sogenannten Schuldgrundsatz aufgrund der oben beschriebenen Vorsatzerfordernisse in Hinsicht auf jeweils große Mengen ohne weiteres vereinbare - besondere Art von Zusammenrechnungsgrundsatz für jeweils große (und allfällige Rest-)Mengen (mithin "die im Abs 2 bezeichnete Tat") - vergleichbar dem für wert- und schadensqualifizierte Delikte geltenden § 29 StGB - dar (WK-StPO § 281 Rz 521; vgl JBl 2000, 262 mit Anm von Schmoller und EvBl 2002/196), sodass § 28 Abs 2 SMG, nach Abs 4 Z 3 qualifiziert - ungeachtet der unselbständigen Qualifikation nach Abs 3 erster Satz (erster Fall) - auch bei gleichartiger Realkonkurrenz stets nur ein einziges Verbrechen begründet. Die im Rechtsmittel bloß in einem konditionalen Hinweis aufgestellte Forderung, allenfalls § 37 SMG anzuwenden, scheidet jedenfalls (im zweiten Rechtsgang) aus. Paragraph 28, Absatz 4, Ziffer 3, SMG stellt übrigens angesichts fehlender Gewerbsmäßigkeitqualifikation eine - mit dem sogenannten Schuldgrundsatz aufgrund der oben beschriebenen Vorsatzerfordernisse in Hinsicht auf jeweils große Mengen ohne weiteres vereinbare - besondere Art von Zusammenrechnungsgrundsatz für jeweils große (und allfällige Rest-)Mengen (mithin "die im Absatz 2, bezeichnete Tat") - vergleichbar dem für wert- und schadensqualifizierte Delikte geltenden Paragraph 29, StGB - dar (WK-StPO Paragraph 281, Rz 521; vergleiche JBl 2000, 262 mit Anmerkung von Schmoller und EvBl 2002/196), sodass Paragraph 28, Absatz 2, SMG, nach Absatz 4, Ziffer 3, qualifiziert - ungeachtet der unselbständigen Qualifikation nach Absatz 3, erster Satz (erster Fall) - auch bei gleichartiger Realkonkurrenz stets nur ein einziges Verbrechen begründet. Die im Rechtsmittel bloß in einem konditionalen Hinweis aufgestellte Forderung, allenfalls Paragraph 37, SMG anzuwenden, scheidet jedenfalls (im zweiten Rechtsgang) aus.

Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten gründet auf § 390a StPO. Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten gründet auf Paragraph 390 a, StPO.

Anmerkung

E6880513Os156.02

Schlagworte

Kennung XPUBLDiese Entscheidung wurde veröffentlicht inSSt 2003/20XPUBLEND

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2003:0130OS00156.02.0312.000

Zuletzt aktualisiert am

20.10.2009

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