

# TE OGH 2000/3/30 150s185/99

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 30.03.2000

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 30. März 2000 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Markel als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Mag. Strieder, Dr. Schmucker, Dr. Zehetner und Dr. Danek als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Greinert als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Ewald S\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens nach § 28 Abs 2 SMG und einer weiteren strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt als Schöffengericht vom 1. September 1999, GZ 12 Vr 2119/98-58, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Weiss, und des Verteidigers Dr. Hofmann, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten, zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 30. März 2000 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Markel als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Mag. Strieder, Dr. Schmucker, Dr. Zehetner und Dr. Danek als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Greinert als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Ewald S\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2, SMG und einer weiteren strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt als Schöffengericht vom 1. September 1999, GZ 12 römisch fünf r 2119/98-58, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Weiss, und des Verteidigers Dr. Hofmann, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus ihrem Anlass wird das angefochtene Urteil - das im Übrigen unberührt bleibt - im den Tatzeitraum 3. November 1998 bis 31. Jänner 1999 umfassenden Schuldspruch II, demgemäß auch im Strafausspruch (mit Ausnahme des Ausspruches über die Vorhaftanrechnung und des Einziehungserkenntnisses) aufgehoben und im Umfang der Aufhebung gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst zu Recht erkannt: Aus ihrem Anlass wird das angefochtene Urteil - das im Übrigen unberührt bleibt - im den Tatzeitraum 3. November 1998 bis 31. Jänner 1999 umfassenden Schuldspruch römisch II, demgemäß auch im Strafausspruch (mit Ausnahme des Ausspruches über die Vorhaftanrechnung und des Einziehungserkenntnisses) aufgehoben und im Umfang der Aufhebung gemäß Paragraph 288, Absatz 2, Ziffer 3, StPO in der Sache selbst zu Recht erkannt:

Ewald S\*\*\*\*\* wird von der wider ihn erhobenen Anklage, er habe auch in der Zeit vom 3. November 1998 bis 31. Jänner 1999 im Rückfall dadurch, dass er für seine am 16. Oktober 1982 geborene außereheliche Tochter Marie F\*\*\*\*\* keinerlei Unterhaltszahlungen leistete und es unterließ, einem Erwerb nachzugehen, der ihm die Erfüllung dieser Pflicht ermöglicht hätte, seine im Familienrecht begründete Unterhaltspflicht gegenüber dem unterhaltsberechtigten Kind gröblich verletzt und dadurch bewirkt, dass der Unterhalt des unterhaltsberechtigten Kindes ohne Hilfe von anderer Seite gefährdet gewesen wäre, gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen. Ewald S\*\*\*\*\* wird von der wider ihn

erhobenen Anklage, er habe auch in der Zeit vom 3. November 1998 bis 31. Jänner 1999 im Rückfall dadurch, dass er für seine am 16. Oktober 1982 geborene außereheliche Tochter Marie F\*\*\*\*\* keinerlei Unterhaltszahlungen leistete und es unterließ, einem Erwerb nachzugehen, der ihm die Erfüllung dieser Pflicht ermöglicht hätte, seine im Familienrecht begründete Unterhaltspflicht gegenüber dem unterhaltsberechtigten Kind gröblich verletzt und dadurch bewirkt, dass der Unterhalt des unterhaltsberechtigten Kindes ohne Hilfe von anderer Seite gefährdet gewesen wäre, gemäß Paragraph 259, Ziffer 3, StPO freigesprochen.

Für das Ewald S\*\*\*\*\* nach dem aufrecht bleibenden Schuldspruch weiterhin zur Last fallende Verbrechen nach § 28 Abs 2 SMG und das Vergehen der Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 198 Abs 1 und 2 StGB wird er unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB nach § 28 Abs 2 SMG zu einer Freiheitsstrafe von vierzehn Monaten verurteilt. Für das Ewald S\*\*\*\*\* nach dem aufrecht bleibenden Schuldspruch weiterhin zur Last fallende Verbrechen nach Paragraph 28, Absatz 2, SMG und das Vergehen der Verletzung der Unterhaltspflicht nach Paragraph 198, Absatz eins und 2 StGB wird er unter Anwendung des Paragraph 28, Absatz eins, StGB nach Paragraph 28, Absatz 2, SMG zu einer Freiheitsstrafe von vierzehn Monaten verurteilt.

Der Ausspruch über die Vorhaftanrechnung und über die Kostenersatzpflicht für das Verfahren erster Instanz sowie das Einziehungserkenntnis werden aus dem Ersturteil übernommen.

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

Gemäß § 390a StPO fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last. Gemäß Paragraph 390 a, StPO fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Ewald S\*\*\*\*\* des Verbrechens nach § 28 Abs 2 SMG (1) und des Vergehens der Verletzung der Unterhaltspflicht nach § 198 Abs 1 und 2 StGB (2) schuldig erkannt. Mit dem angefochtenen Urteil wurde Ewald S\*\*\*\*\* des Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2, SMG (1) und des Vergehens der Verletzung der Unterhaltspflicht nach Paragraph 198, Absatz eins und 2 StGB (2) schuldig erkannt.

Danach hat er

1. von Anfang April bis 3. November 1998 in Spittal an der Drau den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift in einer großen Menge, nämlich 4.873 Gramm Cannabiskraut mit einem THC-Gehalt von mindestens 38,49 Gramm, durch Anbauen, Aufziehen und Ernten von Cannabispflanzen sowie Trennen der Blütenstände und Blattspitzen von den Stengeln erzeugt;

2. vom 1. Jänner bis Juli 1996 sowie seit 1. Februar 1997 im Rückfall dadurch, dass er für seine am 16. Oktober 1982 geborene außereheliche Tochter Marie F\*\*\*\*\* keinen Unterhalt leistete und es unterließ, einem Erwerb nachzugehen, der ihm die Erfüllung dieser Pflicht ermöglicht hätte, seine im Familienrecht begründete Unterhaltspflicht gröblich verletzt und dadurch bewirkt, dass der Unterhalt des unterhaltsberechtigten Kindes gefährdet gewesen wäre.

Die auf Z 5, 5a, 9 lit a und b des § 281 Abs 1 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten richtet sich gegen den Schuldspruch wegen des Verbrechens nach § 28 Abs 2 SMG; sie ist nicht im Recht. Die auf Ziffer 5,, 5a, 9 Litera a und b des Paragraph 281, Absatz eins, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten richtet sich gegen den Schuldspruch wegen des Verbrechens nach Paragraph 28, Absatz 2, SMG; sie ist nicht im Recht.

## **Rechtliche Beurteilung**

Die Mängelrüge (Z 5) behauptet Aktenwidrigkeit der Entscheidungsgründe, weil der festgestellte Vorsatz dem Sachverständigengutachten über die pflanzenphysiologische Beschaffenheit der sichergestellten Hanfpflanzen widerspreche. Die Mängelrüge (Ziffer 5,) behauptet Aktenwidrigkeit der Entscheidungsgründe, weil der festgestellte Vorsatz dem Sachverständigengutachten über die pflanzenphysiologische Beschaffenheit der sichergestellten Hanfpflanzen widerspreche.

Eine solche liegt indes nur dann vor, wenn der eine entscheidungswesentliche Tatsache betreffende Inhalt einer Aussage oder eines anderen Beweismittels im Urteil in seinen wesentlichen Teilen unrichtig oder unvollständig wiedergegeben wird (Mayerhofer StPO4 § 281 Z 5 E 185), was die Beschwerde jedoch nicht einmal behauptet. Eine solche liegt indes nur dann vor, wenn der eine entscheidungswesentliche Tatsache betreffende Inhalt einer Aussage

oder eines anderen Beweismittels im Urteil in seinen wesentlichen Teilen unrichtig oder unvollständig wiedergegeben wird (Mayerhofer StPO4 Paragraph 281, Ziffer 5, E 185), was die Beschwerde jedoch nicht einmal behauptet.

Entgegen der Verfahrensrüge (Z 5a) ergeben sich aus dem Akt auch keine erheblichen Bedenken gegen die den Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen. Der Beschwerdeführer versucht lediglich aus der (in mehrfach wechselnder Weise) behaupteten Art und Herkunft der Hanfpflanzen, ihrer nicht sachgerechten Verarbeitung und einem Gespräch mit einem Grundstücksnachbarn die Feststellung der Tatrichter, "Zweck des Cannabisanbaus" sei "die kostengünstige Suchtgiftgewinnung" gewesen (US 5), in Frage zu stellen. Er übergeht dabei aber jene mängelfrei aus dem Gutachten des Institutes für gerichtliche Medizin der Universität Graz getroffenen Feststellungen, wonach die sichergestellten, halbgetrockneten Gewächse einen THC-Gehalt von 0,84 % +/- 0,05 % aufgewiesen haben, ebenso wie jene, dass er nur für die Verwendung als Suchtgift geeigneten Pflanzenteile zum Trocknen in einer Holzhütte deponiert, die unbrauchbaren Strünke jedoch am Komposthaufen entsorgt hatte (US 5). Entgegen der Verfahrensrüge (Ziffer 5 a,) ergeben sich aus dem Akt auch keine erheblichen Bedenken gegen die den Ausspruch über die Schuld zugrunde gelegten entscheidenden Tatsachen. Der Beschwerdeführer versucht lediglich aus der (in mehrfach wechselnder Weise) behaupteten Art und Herkunft der Hanfpflanzen, ihrer nicht sachgerechten Verarbeitung und einem Gespräch mit einem Grundstücksnachbarn die Feststellung der Tatrichter, "Zweck des Cannabisanbaus" sei "die kostengünstige Suchtgiftgewinnung" gewesen (US 5), in Frage zu stellen. Er übergeht dabei aber jene mängelfrei aus dem Gutachten des Institutes für gerichtliche Medizin der Universität Graz getroffenen Feststellungen, wonach die sichergestellten, halbgetrockneten Gewächse einen THC-Gehalt von 0,84 % +/- 0,05 % aufgewiesen haben, ebenso wie jene, dass er nur für die Verwendung als Suchtgift geeigneten Pflanzenteile zum Trocknen in einer Holzhütte deponiert, die unbrauchbaren Strünke jedoch am Komposthaufen entsorgt hatte (US 5).

Auf Grund dieser Prämissen und der konstatierten Erfahrung des Angeklagten mit Suchtgiften ist aber die Schlussfolgerung auf den auf Suchtgiftgewinnung gerichteten Vorsatz logisch fehlerfrei und entspricht dieser den Erfahrungen des täglichen Lebens. Bei Vorliegen dieser subjektiven Tatseite ist aber zur Verwirklichung des inkriminierten Verbrechens die Art und Herkunft der Pflanzen nicht mehr entscheidungswesentlich und auch nicht geeignet, Bedenken gegen den Schuldspruch zu erzeugen.

Die Rechtsrügen (Z 9 lit a und b) sind nicht gesetzmäßig ausgeführt Die Rechtsrügen (Ziffer 9, Litera a und b) sind nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Eine prozessordnungsgemäße Darstellung des materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes erfordert nämlich das Festhalten am gesamten (auch zur subjektiven Tatseite) festgestellten Sachverhalt und den allein auf dieser Basis geführten Nachweis, dass dem Erstgericht bei dessen Beurteilung ein Rechtsirrtum unterlaufen ist. Auch die Geltendmachung von Feststellungsmängeln darf nur unter Berücksichtigung aller Tatsachenfeststellungen erfolgen (Mayerhofer aaO § 281 Abs 1 Z 9a E 5). Eine prozessordnungsgemäße Darstellung des materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes erfordert nämlich das Festhalten am gesamten (auch zur subjektiven Tatseite) festgestellten Sachverhalt und den allein auf dieser Basis geführten Nachweis, dass dem Erstgericht bei dessen Beurteilung ein Rechtsirrtum unterlaufen ist. Auch die Geltendmachung von Feststellungsmängeln darf nur unter Berücksichtigung aller Tatsachenfeststellungen erfolgen (Mayerhofer aaO Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 9 a, E 5).

Die Beschwerde übergeht jedoch jeweils jene Konstatierungen, wonach der Angeklagte den Hanf nur deswegen pflanzte, pflegte, die Teile trennte und zum Trocknen verwahrte, um auf diese Weise kostengünstig Suchtgift zu gewinnen, sodass es - wie bereits zur Tatsachenrüge ausgeführt - weiterer Feststellungen zur Art und Herkunft der Pflanzen nicht bedurfte.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Aus ihrem Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon, dass im Schuldspruch 2. das Gesetz zum Nachteil des Angeklagten unrichtig angewendet wurde. Während der Zeit, in der sich der Unterhaltspflichtige in Haft befindet, ist es ihm nicht möglich, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Das Unterlassen von Unterhaltszahlungen begründet daher in diesem Zeitraum keine gröbliche Pflichtverletzung, sodass es diesbezüglich bereits am objektiven Tatbestand des § 198 Abs 1 StGB mangelt. Darüber hinaus ist dem Unterhaltspflichtigen nach der Haftentlassung ein angemessener Zeitraum zur Arbeitsbeschaffung zuzubilligen, innerhalb dessen eine Zahlungssäumnis des Unterhaltsschuldners gleichfalls als nicht tatbildlich anzusehen ist (Foregger/Fabrizy StGB7 Rz 5; Mayerhofer/Rieder StGB4 E 27 und 27a, Markel in WK2 Rz 55 jeweils zu § 198; zuletzt 11 Os 123, 124/98). Aus ihrem Anlass überzeugte sich

der Oberste Gerichtshof jedoch davon, dass im Schuldspruch 2. das Gesetz zum Nachteil des Angeklagten unrichtig angewendet wurde. Während der Zeit, in der sich der Unterhaltspflichtige in Haft befindet, ist es ihm nicht möglich, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen. Das Unterlassen von Unterhaltszahlungen begründet daher in diesem Zeitraum keine gröbliche Pflichtverletzung, sodass es diesbezüglich bereits am objektiven Tatbestand des Paragraph 198, Absatz eins, StGB mangelt. Darüber hinaus ist dem Unterhaltspflichtigen nach der Haftentlassung ein angemessener Zeitraum zur Arbeitsbeschaffung zuzubilligen, innerhalb dessen eine Zahlungssäumnis des Unterhaltsschuldners gleichfalls als nicht tatbildlich anzusehen ist (Foregger/Fabrizy StGB7 Rz 5; Mayerhofer/Rieder StGB4 E 27 und 27a, Markel in WK2 Rz 55 jeweils zu Paragraph 198 ;, zuletzt 11 Os 123, 124/98).

Nach dem Akteninhalt befand sich der Angeklagte in diesem Verfahren vom 3. November 1998, 10.43 Uhr, bis 13. Jänner 1999, 10.40 Uhr, in Verwahrungs- und Untersuchungshaft. Feststellungen, dass er während der Haft und dann bis Ende Jänner 1999 auf Grund seiner Vermögenssituation dennoch in der Lage gewesen wäre, den Unterhalt für seine außereheliche Tochter zu leisten, sind nach der Aktenlage auszuschließen. Für den Zeitraum vom 3. November 1998 bis 31. Jänner 1999 haftet dem Urteil somit der Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO an, sodass gemäß § 290 Abs 1 StPO von Amts wegen mit einer Aufhebung des Schuldspruches in diesem Umfang vorzugehen war. Nach dem Akteninhalt befand sich der Angeklagte in diesem Verfahren vom 3. November 1998, 10.43 Uhr, bis 13. Jänner 1999, 10.40 Uhr, in Verwahrungs- und Untersuchungshaft. Feststellungen, dass er während der Haft und dann bis Ende Jänner 1999 auf Grund seiner Vermögenssituation dennoch in der Lage gewesen wäre, den Unterhalt für seine außereheliche Tochter zu leisten, sind nach der Aktenlage auszuschließen. Für den Zeitraum vom 3. November 1998 bis 31. Jänner 1999 haftet dem Urteil somit der Nichtigkeitsgrund nach Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 9, Litera a, StPO an, sodass gemäß Paragraph 290, Absatz eins, StPO von Amts wegen mit einer Aufhebung des Schuldspruches in diesem Umfang vorzugehen war.

Eine vorwerfbare Unterhaltspflichtverletzung wird nach der Aktenlage auch in einem neuen Rechtsgang mit mängelfreier Begründung nicht getroffen werden können, sodass insoweit sogleich mit einem Freispruch vorzugehen war (vgl Mayerhofer aaO § 288 E 28). Infolge dessen war auch der Strafausspruch zu kassieren. Eine vorwerfbare Unterhaltspflichtverletzung wird nach der Aktenlage auch in einem neuen Rechtsgang mit mängelfreier Begründung nicht getroffen werden können, sodass insoweit sogleich mit einem Freispruch vorzugehen war vergleiche Mayerhofer aaO Paragraph 288, E 28). Infolge dessen war auch der Strafausspruch zu kassieren.

Bei der dadurch erforderlich gewordenen Strafneubemessung wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend die Begehung strafbarer Handlungen verschiedener Art und die Fortsetzung der strafbaren Handlung über einen längeren Zeitraum, die Vorstrafen wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhender Taten und den sofortigen Rückfall beim Vergehen der Verletzung der Unterhaltspflicht; als mildernd das teilweise reumütige Geständnis.

Auf Grund dieser Strafzumessungsgründe entspricht die verhängte, gegenüber der erstgerichtlichen Freiheitsstrafe von fünfzehn Monaten auf Grund des Teilfreispruches (geringfügig) herabgesetzte Freiheitsstrafe der Schuld des Täters und dem Unrechtsgehalt der Taten.

Mit ihren Berufungen gegen den Strafausspruch waren der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf diese Entscheidung zu verweisen.

Eine bedingte Strafnachsicht - welcher Art auch immer - ist ausgeschlossen, weil keineswegs sämtliche Voraussetzungen des § 43 StGB erfüllt sind (Foregger/Fabrizy StGB7 § 43 Rz 7) Eine bedingte Strafnachsicht - welcher Art auch immer - ist ausgeschlossen, weil keineswegs sämtliche Voraussetzungen des Paragraph 43, StGB erfüllt sind (Foregger/Fabrizy StGB7 Paragraph 43, Rz 7).

#### **Anmerkung**

E57690 15D01859

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2000:0150OS00185.99.0330.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20000330\_OGH0002\_0150OS00185\_9900000\_000

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