

# TE OGH 1986/12/10 90s54/86

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.12.1986

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 10. Dezember 1986 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Steininger, Dr. Horak, Dr. Lachner und Dr. Massauer als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Kiss als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Leonhard B\*\*\* wegen des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SGG und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Kreisgerichtes Ried im Innkreis als Schöffengericht vom 9. Jänner 1986, GZ 6 Vr 1132/85-21, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Stöger, des Angeklagten, und des Verteidigers Dr. Meller zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus deren Anlaß wird jedoch gemäß § 290 Abs 1 StPO das angefochtene Urteil, das in seinem freisprechenden Teil unberührt bleibt, im Schuldspruch (Punkte 1/a und b, 2 bis 4 des Urteilssatzes) sowie demgemäß auch in den Strafaussprüchen (einschließlich der Aussprüche über die Anrechnung von Vorhaftzeiten) aufgehoben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Leonhard Georg Viktor Gustav B\*\*\* ist schuldig, er hat 1. den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift in einer großen Menge eingeführt und in Verkehr gesetzt, und zwar a) Ende November 1984, indem er im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit dem inzwischen verstorbenen Rudolf K\*\*\*

insgesamt etwa 300 Gramm Haschisch von Arnheim/Niederlande nach Österreich einführte und in Verkehr setzte, b) am 5. und 6. Dezember 1984, indem er im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten Arnold K\*\*\* 1 kg Cannabisharz von Arnheim/Niederlande in die Bundesrepublik Deutschland einführte;

2. unberechtigt Suchtgift a) erworben und besessen, indem er aa)

in der Zeit von Sommer bis Herbst 1984 in Altheim etwa 14-mal

Haschisch rauchte, bb) in der Zeit von Sommer bis Herbst 1984 in

Braunau am Inn und Altheim gemeinsam mit dem abgesondert

verfolgten Arnold K\*\*\* ca.

5-mal Haschisch rauchte;

b) einem anderen, der zu dessen Bezug nicht berechtigt ist,

überlassen, indem er zwischen Juni und Dezember 1984 in Muckenau,

Gemeinde Altheim, der am 28. Juli 1966 geborenen Renate D\*\*\*

Haschisch überließ, wodurch er als Person, die das 21. Lebensjahr vollendet hat, vorsätzlich einer Person, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, den Verbrauch eines Suchtgifts ermöglicht hat.

Er hat hiedurch zu 1. das Verbrechen nach § 12 Abs 1 SGG (nF) und zu 2. das Vergehen nach § 16 Abs 1 Z 1 und Z 2 sowie Abs 2 SGG (aF) begangen und wird hierfür nach §§ 28 StGB, 12 Abs 2 SGG (nF) zu einer Freiheitsstrafe von 2 1/2 (zweieinhalb) Jahren sowie gemäß § 13 Abs 1 SGG (nF) zu einer Wertersatzstrafe von 20.000 S (zwanzigtausend Schilling), im Fall der Uneinbringlichkeit 4 (vier) Monate Ersatzfreiheitsstrafe, verurteilt.

Gemäß § 38 Abs 1 StGB wird die Vorhaft vom 6. Dezember 1984, 12.00 Uhr, bis 8. Mai 1985, 12.00 Uhr, und vom 15. Oktober 1985, 9.00 Uhr, bis 17. Oktober 1985, 11.00 Uhr, auf die verhängten Strafen angerechnet.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Gemäß §§ 389, 390 a StPO fallen dem Angeklagten die Kosten des Verfahrens erster und zweiter Instanz zur Last.

### **Text**

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der 29-jährige Leonhard Georg Viktor Gustav B\*\*\* (zu 1) des Verbrechens nach § 12 Abs 1 SGG, (zu 2 und 3) des Vergehens nach § 16 Abs 1 Z 2 SGG und (zu 4) des Vergehens nach § 16 "Abs 2 Z 1" (ersichtlich gemeint: Abs 1 Z 1 und Abs 2) SGG schuldig erkannt und hierfür nach § 12 Abs 1 SGG unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB zu einer Freiheitsstrafe von 3 (drei) Jahren sowie gemäß § 12 Abs 4 SGG zu einer Wertersatzstrafe von 20.000 S, im Nichteinbringungsfall 4 (vier) Monate Ersatzfreiheitsstrafe, verurteilt.

Nach dem Inhalt des Schuldspruchs hat er 1. den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift in solchen Mengen eingeführt und in Verkehr gesetzt, daß daraus in größerer Ausdehnung eine Gefahr für das Leben oder die Gesundheit von Menschen entstehen konnte, und zwar a) im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit dem inzwischen verstorbenen Rudolf K\*\*\* Ende November 1984 in Altheim insgesamt etwa 300 Gramm Haschisch von Arnheim nach Österreich eingeführt und in Verkehr gesetzt, b) im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgedeutelt verfolgten Arnold K\*\*\* am 5. und 6. Dezember 1984 1 kg Cannabisharz von Arnheim in die Bundesrepublik Deutschland eingeführt;

2. in der Zeit von Sommer bis Herbst 1984 in Altheim etwa 14-mal Haschisch geraucht, sohin unberechtigt Suchtgift erworben und besessen;

3. gemeinsam mit dem abgedeutelt verfolgten Arnold K\*\*\* in der Zeit von Sommer bis Herbst 1984 in Braunau am Inn und Altheim ca. 5-mal Haschisch geraucht, sohin unberechtigt Suchtgift erworben und besessen;

4. zwischen Juni 1984 und Dezember 1984 in Muckenau, Gemeinde Altheim, der am 28. Juli 1966 geborenen Renate D\*\*\* Haschisch überlassen, sohin als Person, die das 21. Lebensjahr vollendet hat, vorsätzlich einer Person, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, den Verbrauch eines Suchtgifts ermöglicht.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Angeklagte bekämpft mit seiner auf die Z 5 des § 281 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde lediglich die Punkte 1/a und 4 des Schuldspruchs; gegen den Strafausspruch hat er Berufung ergriffen, in deren Rahmen er in

Ansehung der über ihn gemäß § 12 Abs 4 SGG verhängten Wertersatzstrafe der Sache nach auch eine Nichtigkeit im Sinn der Z 11 des § 281 Abs 1 StPO reklamiert.

Den Begründungsmangel (Z 5) erblickt der Beschwerdeführer darin, daß das Gericht den ihn belastenden Angaben der Zeugin Renate D\*\*\* vor der Sicherheitsbehörde folgte, wiewohl die Genannte in der Hauptverhandlung am 9. Jänner 1986 ihn eindeutig entlastete, wobei es das Gericht unterlassen habe, hinreichend zu begründen, warum diesen entlastenden Bekundungen keine Glaubwürdigkeit zukommt. Die bezüglichen Beschwerdeausführungen erschöpfen sich indes zur Gänze in einer im schöffengerichtlichen Verfahren unzulässigen und demnach unbeachtlichen Bekämpfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung. Denn nach Inhalt und Zielsetzung dieser Ausführungen versucht der Beschwerdeführer lediglich darzutun, daß den (ihn entlastenden) Angaben der Zeugin D\*\*\* in der Hauptverhandlung (S 244 ff) ein größeres Maß an Glaubwürdigkeit zukomme als ihren (den Angeklagten belastenden und in der Hauptverhandlung verlesenen; vgl. S 260, 261) Bekundungen vor den Beamten der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Oberösterreich (S 33, 227), ohne dabei einen formalen Begründungsmangel in der Bedeutung des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes aufzeigen zu können. Hat doch das Erstgericht im Urteil eingehend begründet (S 275 bis 277), aus welchen Erwägungen es - beweiswürdigend - zur Überzeugung gelangte, daß die Zeugin D\*\*\* in der Hauptverhandlung am 9. Jänner 1986, soweit sie in Ansehung der bekämpften Schuldspruchfakten den Angeklagten entlastete, bewußt falsch ausgesagt hat, sodaß ihren bezüglichen Angaben nicht gefolgt werden kann.

Im übrigen haben die Tatrichter den Schuldspruch zu Punkt 1/a nicht allein auf die (belastenden) Aussagen der Zeugin D\*\*\* vor der Sicherheitsbehörde gestützt, sondern auch auf die Bekundungen des Zeugen Josef P\*\*\* (S 274, 275), der den Beschwerdeführer nicht nur vor der Sicherheitsdirektion für das Bundesland Oberösterreich (S 35, 37), sondern auch in der Hauptverhandlung am 24. Oktober 1985 (deren Protokoll in der Hauptverhandlung am 9. Jänner 1986 verlesen wurde; vgl. S 260) eindeutig belastet hat (S 147, 149, 151, 153 und 155), was die Beschwerde verschweigt.

Die Mängelrüge erweist sich daher zur Gänze als unbegründet. Soweit der Beschwerdeführer sich aber - formal in der Berufungsausführung, der Sache nach damit jedoch den Nichtigkeitsgrund der Z 11 des § 281 Abs 1 StPO reklamierend - gegen die über ihn verhängte Wertersatzstrafe mit der Begründung wendet, der bezügliche Ausspruch sei zu Unrecht erfolgt, weil das Suchtgift von der Behörde in der Bundesrepublik Deutschland sichergestellt worden sei, so geht er von einem urteilsfremden Sachverhalt aus. Denn der ihm auferlegte Wertersatz (von 20.000 S) betrifft nicht das den Gegenstand des Schuldspruchs zu Punkt 1/b bildende Suchtgift (1 kg Haschisch), das in der Bundesrepublik Deutschland sichergestellt wurde, sondern jenes Suchtgift (von 300 Gramm), das der Angeklagte (laut Punkt 1/a des Schuldspruchs) nach Österreich eingeführt und in Verkehr gesetzt hat (S 282). Damit entbehrt aber die Rüge der prozeßordnungsgemäßen Ausführung. Die Nichtigkeitsbeschwerde war darum zu verwerfen.

Aus deren Anlaß hat sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon überzeugt, daß das Ersturteil in mehrfacher Hinsicht mit materiellrechtlichen Nichtigkeiten (im Sinn der Z 10 und Z 11 des § 281 Abs 1 StPO) behaftet ist, die ungerügt geblieben sind, sich zum Nachteil des Angeklagten auswirken und daher gemäß § 290 Abs 1 StPO von Amts wegen wahrzunehmen sind:

1. Das Erstgericht hat den Schuldspruch des Angeklagten zu Punkt 1/a und b des Urteilsatzes offensichtlich auf § 12 Abs 1 SGG alte Fassung gestützt, obwohl die zugrunde liegenden Taten (zwar) vor dem Inkrafttreten der Suchtgiftgesetznovelle 1985

(BGBl. 1985/184) begangen wurden, das Ersturteil aber darnach (nämlich am 9. Jänner 1986) gefällt wurde und der somit gemäß § 61 StGB gebotene Günstigkeitsvergleich nach den Umständen des vorliegenden Falles zugunsten des § 12 Abs 1 SGG neuer Fassung ausschlägt (vgl. hierzu ÖJZ-LSK 1986/85), sodaß die inkriminierten Taten rechtsrichtig dem § 12 Abs 1 SGG neuer Fassung zu unterstellen gewesen wären, dessen Tatbestand nach den Urteilsfeststellungen (gleichfalls) in objektiver und subjektiver Hinsicht erfüllt ist, zumal die tatgegenständliche Haschischmenge als große Menge im Sinn der zitierten Strafvorschrift anzusehen ist. Der dem Urteil sohin anhaftende Subsumtionsirrtum gereicht dem Angeklagten zum Nachteil, zumal der Umstand, daß in den Urteilsgründen von einem "Strafrahmen von 1 bis 7 1/2 Jahren" die Rede ist (S 281), angesichts der Bezugnahme auf eine gesetzliche Mindeststrafe nicht dahin gedeutet werden kann, das Gericht habe (unter Berücksichtigung des § 39 StGB) ohnedies der Sache nach die Strafdrohung des § 12 Abs 1 SGG neuer Fassung (Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren) im Auge gehabt und daher implicite neues Recht angewendet; im Zusammenhang mit dem Urteilshinweis (S 281/Mitte) auf den "zweiten Strafrahmen des §

12 Abs 1 SGG infolge besonders erschwerender Umstände" deutet er vielmehr darauf hin, daß das Gericht (verfehlt; vgl. Leukauf-Steininger, Strafrechtliche Nebengesetze 2, 844 und ENr. 110) ersichtlich meinte, § 12 Abs 1 SGG alter Fassung enthalte generell zwei Strafsätze.

2. In Ansehung jener Tathandlungen hingegen, welche das Gericht dem § 16 Abs 1 Z 2 bzw. § 16 Abs 1 Z 1 und Abs 2 SGG (alter Fassung) unterstellte (Punkte 2 bis 4 des Urteilssatzes), fällt der (auch insoweit nach dem bereits Gesagten gebotene) Günstigkeitsvergleich zugunsten des § 16 SGG alter Fassung aus, weil die (im Hinblick auf Punkt 4 des Urteilssatzes) maßgebende Strafdrohung des § 16 Abs 2 SGG neuer Fassung (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren) strenger ist als jene des § 16 Abs 2 zweiter Fall SGG alter Fassung (Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr). Insoweit wurden die betreffenden Tathandlungen daher im Ergebnis zu Recht nach § 16 SGG alter Fassung beurteilt. Allerdings ist der Schuldspruch aber insoweit mit einer Nichtigkeit im Sinn der Z 10

des § 281 Abs 1 StPO behaftet, als dem Angeklagten in Ansehung des Punktes 4 des Urteilssatzes (zusätzlich zu dem durch die Punkte 2 und 3 verwirklichten Vergehen nach § 16 Abs 1 Z 2 SGG) zusätzlich auch das Vergehen nach § 16 Abs 1 Z 1 und Abs 2 SGG angelastet wurde, wiewohl die in den Z 1 und 2 des § 16 Abs 1 SGG (aF) angeführten Begehungsformen bloße Modifikationen eines und desselben Delikts sind und daher stets nur ein einziges Vergehen darstellen (Leukauf-Steininger aaO ENr. 14 zu § 16 SGG), was auch für die Fälle des lediglich einen strafsaterhöhenden Umstand bezeichnenden § 16 Abs 2 SGG (aF) gilt, wenn er nur einen der Grunddeliktsfälle des Abs 1 leg.cit. betrifft (SSt. 50/16). Rechtsrichtig wäre der Angeklagte wegen der in den Punkten 2 bis 4 des Urteilssatzes angeführten Tathandlungen daher nur eines einzigen Vergehens, nämlich des Vergehens nach § 16 Abs 1 Z 1 und Z 2 sowie Abs 2 (zweiter Fall) SGG (aF) schuldig zu sprechen gewesen; die Verurteilung wegen zweier Vergehen erfolgte demnach zu Unrecht (und zum Nachteil des Angeklagten).

3. Schließlich ist das Urteil in Ansehung der Aussprüche über die Anrechnung der (im Verfahren 6 E Vr 1013/85 des Kreisgerichtes Ried im Innkreis) erlittenen Vorhaft sowie der in der Bundesrepublik Deutschland "verbüßten Untersuchungshaft" (S 267) mit dem Nichtigkeitsgrund der Z 11 des § 281 Abs 1 StPO behaftet, weil die in Rede stehenden Vorhaften lediglich auf die (gemäß § 12 Abs 1 SGG verhängte) Freiheitsstrafe, nicht aber auch auf die zugleich (gemäß § 12 Abs 4 SGG) ausgesprochene Wertersatzstrafe angerechnet wurden, wiewohl dies geboten gewesen wäre (vgl. Mayerhofer-Rieder StGB 2 ENr. 28 zu § 38).

Die aufgezeigten, dem Angeklagten zum Nachteil gereichenden Gesetzesverletzungen waren aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde von Amts wegen wahrzunehmen (§ 290 Abs 1 StPO), weshalb diesbezüglich spruchgemäß zu erkennen war.

Nur der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, daß in Ansehung der unter Punkt 1/b angeführten Urteilstat, obwohl diese bereits Gegenstand des gegen den Angeklagten ergangenen Urteils des Amtsgerichtes Kleve (vom 8. Mai 1985, AZ 13 Ls 5 Js 2273/84) gewesen ist, die inländische Gerichtsbarkeit (zwar nicht gemäß § 64 Abs 1 Z 4 oder Z 6 StGB - vgl. hiezu Leukauf-Steininger aaO 2. ErgH 1985, 54 sowie aus der Judikatur zuletzt 13 Os 45/86

[verstärkter Senat] - , aber) gemäß § 65 StGB gegeben ist, weil der Angeklagte zur Zeit der Tat Österreicher war und die über ihn in der Bundesrepublik Deutschland verhängte Strafe auf Bewährung ausgesetzt wurde (S 59, 63), wobei die Bewährungszeit (die gemäß § 56 a dStGB mindestens zwei Jahre beträgt und mit der Rechtskraft der Entscheidung über die Strafaussetzung beginnt) nicht abgelaufen ist; die im Ausland verhängte Strafe wurde daher weder ganz vollstreckt noch, soweit sie nicht vollstreckt wurde, erlassen (§ 65 Abs 4 Z 3 StGB). Insoweit haftet dem Ersturteil demnach kein Rechtsirrtum an.

Bei der infolge der getroffenen Sachentscheidung erforderlich gewordenen Strafneubemessung wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend das Zusammentreffen zweier strafbarer Handlungen verschiedener Art, die Wiederholung der jeweiligen Tathandlungen und die mehrfachen einschlägigen Vorstrafen; als mildernd konnte dem Angeklagten lediglich das Geständnis zugute gehalten werden. Ausgehend von diesen Strafzumessungsgründen und unter entsprechender Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze für die Strafbemessung (§ 32 Abs 2 und 3 StGB) erachtete der Oberste Gerichtshof - trotz der einschlägigen Vorstrafenbelastung des Angeklagten - eine Freiheitsstrafe in der Dauer von 2 1/2 Jahren als (noch) tatschuldangemessen.

Die gemäß § 13 Abs 2 SGG (nF) zu verhängende Wertersatzstrafe für jenes Haschisch, das nicht eingezogen werden kann (Urteilsfaktum 1/a), war mit dessen festgestelltem Wert (20.000 S) zu bemessen, zumal eine Anwendung der Härteklausele (§ 13 Abs 2 dritter Satz in Verbindung mit § 12 Abs 5 vierter Satz SGG nF) nach Lage des Falles nicht in

Betracht kam und im Hinblick darauf, daß der Mittäter Rudolf K\*\*\* nicht mehr vor Gericht gestellt werden kann, eine Aufteilung des Wertersatzes zwischen dem Angeklagten und diesem Tatbeteiligten ausscheidet. Die Ersatzfreiheitsstrafe war, so wie in erster Instanz, mit 4 Monaten auszumessen.

Es war sohin insgesamt spruchgemäß zu erkennen.

**Anmerkung**

E09884

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1986:0090OS00054.86.1210.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19861210\_OGH0002\_0090OS00054\_8600000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

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