

# TE OGH 1978/10/31 110s129/78

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.10.1978

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 31.Oktober 1978

unter dem Vorsitz des Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Borutik, in Gegenwart der Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Dienst, Dr. Kießwetter, Dr. Schneider und Dr. Walenta als Richter sowie des Richteramtswärters Goldmann als Schriftführer in der Strafsache gegen Alfred A wegen des Vergehens des schweren Diebstahls nach den § 127 Abs. 1, 128 Abs. 1 Z 4 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die von der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck vom 12.Juni 1978, GZ. 26 Vr 1516/78-39, erhobene Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung nach öffentlicher Verhandlung, nach Anhörung des Vortrages des Berichterstatters, Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter, der Ausführungen des Verteidigers des Angeklagten, Rechtsanwalt Dr. Deixler, und der Ausführungen des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Scheibenpflug, zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus Anlaß der Nichtigkeitsbeschwerde wird gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO das Urteil, das im übrigen (insbesondere auch hinsichtlich des Adhäsionserkenntnisses) unberührt bleibt, in seinem Ausspruch über die rechtliche Beurteilung der unter den Punkten A I und B des Urteilsspruches bezeichneten Taten als das Vergehen nach dem § 9 Abs. 1, Z 1 und 2 SuchtgiftG, sowie (gesondert) als das Vergehen nach dem § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG und demzufolge auch im Strafausspruch aufgehoben und gemäß dem § 288 Abs. 2 Z 3 StPO im Umfang dieser Aufhebung selbst erkannt:

'Alfred A hat durch die zu den Punkten A I und B des Urteilsspruches bezeichneten Taten das ihm zu A II des Urteilsspruches zur Last gelegte Vergehen nach dem § 9 Abs. 1 Z 5 SuchtgiftG auch in der Form der Z 1 und 2 dieser Gesetzesstelle begangen und wird hierfür sowie für die unter den Punkten C und D des Urteilsspruches angeführten Vergehen des schweren Betruges nach den § 146, 147 Abs. 1 Z 1 StGB und des schweren Diebstahls nach den § 127 Abs. 1, 128 Abs. 1 Z 4 StGB nach dem § 128 Abs. 1 StGB unter Anwendung des § 28 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 10 (zehn) Monaten verurteilt. Der Ausspruch über die Gewährung der bedingten Strafnachsicht und die Anrechnung der Vorhaft wird aus dem Ersturteil übernommen.' Mit ihrer Berufung wird die Staatsanwaltschaft auf diese Entscheidung verwiesen.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde der am 20.April 1953 geborene Kellner Alfred A der Vergehen nach dem § 9 Abs. 1 Z 1 und 2 SuchtgiftG, nach dem § 9 Abs. 1 Z 5 SuchtgiftG und nach dem § 9 Abs. 1 Z 2 SuchtgiftG, sowie des Vergehens des schweren Betruges nach den § 146, 147 Abs. 1 Z 1 StGB und des Vergehens des schweren Diebstahls nach den § 127 Abs. 1, 128 Abs. 1 Z 4 StGB schuldig erkannt.

Gegen dieses Urteil, das seitens des Angeklagten unbekämpft blieb, wendet sich im Umfang des Schuldspruches nach dem § 9 Abs. 1 Z 1 und 2 SuchtgiftG (Punkt A I des Urteilsspruches) die Staatsanwaltschaft mit einer allein auf den Nichtigkeitsgrund der Z 10 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, mit welcher sie geltend macht, daß die Tat rechtsrichtig als Verbrechen nach dem § 6 Abs. 1 SuchtgiftG zu beurteilen wäre. Überdies ficht sie den Strafausspruch mit Berufung an.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Beschwerde kommt keine Berechtigung zu.

Nach den Feststellungen des Erstgerichtes, das in den Entscheidungsgründen den als erwiesen angenommenen Sachverhalt in unmißverständlicher Weise dargestellt hat, führte der Angeklagte im bewußten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten Kurt B als Mittäter zwischen Oktober 1975 und Anfang 1976 auf sechs Reisen je ca. 50 g, insgesamt also ca. 300 g Rohopium von Jugoslawien nach Österreich ein. Den weitaus überwiegenden Teil des Suchtgiftes verbrauchten er und B selbst. Nur geringe Mengen wurden weitergegeben, und zwar zunächst ca. 30 g durch Kurt B in Graz an vier oder fünf in Wohngemeinschaft lebende Burschen, die - ebenso wie er selbst und der Angeklagte -

bereits süchtig waren, wobei jedoch der Angeklagte von dieser Weitergabe nichts wußte und angenommen hatte, daß B die Gesamtmenge des letztlich in seinem Besitz verbliebenen Opiums (etwa die Hälfte des eingeführten Suchtgiftes) für den eigenen Verbrauch verwenden werde. Außerdem hat der Angeklagte selbst zwei oder drei Personen, die er nicht namentlich nennen will, ab und zu einen Schuß Opium für den Eigenverbrauch geschenkt.

Ausgehend von diesem Sachverhalt hat das Erstgericht daher den Angeklagten im Ergebnis zu Recht nicht des Verbrechens wider die Volksgesundheit nach dem § 6 Abs. 1 SuchtgiftG, sondern bloß des Vergehens nach dem § 9 Abs. 1 Z 1 und 2 SuchtgiftG schuldig erkannt.

Es kann hiebei allerdings nicht der rechtlichen Begründung des Schöffengerichtes gefolgt werden, wonach diese Beurteilung der Tat deswegen zu erfolgen habe, weil zwar die importierte Menge von 300 g Rohopium die in § 6 Abs. 1 SuchtgiftG vorausgesetzte Eignung zur Herbeiführung einer Gemeingefahr habe, es zur Verwirklichung des Tatbildes dieses Verbrechens jedoch darüber hinaus auch der tatsächlichen Weitergabe des Suchtgiftes an 30 bis 50 Menschen (vgl. bezüglich dieser Personenzahl EvBl. 1972/239 u.v.a.) bedürfe, welche im vorliegenden Fall nicht stattgefunden habe. Denn wie die Beschwerdeführerin insoweit zutreffend ausführt, ist das Verbrechen nach dem § 6 Abs. 1 SuchtgiftG ein abstraktes Gefährungsdelikt, das nicht die tatsächliche Herbeiführung einer Gemeingefahr erfordert, weshalb auch der Umstand, ob aus der Tat wirklich ein Schaden entstanden ist und ob die Gefahr eines solchen nach den gegebenen Umständen mehr oder weniger nahelag, rechtlich nicht von Belang ist. Die Staatsanwaltschaft irrt aber, wenn sie vermeint, daß andererseits die abstrakte Gefährungseignung allein schon aus Art und Menge des den Gegenstand der Tathandlung bildenden Suchtgiftes abzuleiten ist. Vielmehr ist die Eignung einer bestimmten Tat zur Herbeiführung einer Gemeingefahr konkret nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalles zu prüfen; erfaßt die Gefährdung zunächst bloß einen noch unbestimmten Personenkreis, dann ist sie objektiv tatbestandsmäßig, wenn einerseits die Suchtgiftmenge genügt, eine Zahl von wenigstens 30 bis 50 Menschen der Sucht auszusetzen und wenn andererseits der Täter in concreto nicht willens oder nicht in der Lage ist, die Gefahr jederzeit soweit zu begrenzen, daß sie das in Rede stehende Ausmaß nicht erreichen kann. Auf der subjektiven Tatseite muß das Vorliegen aller für die Entstehung einer (in der dargelegten Bedeutung abstrakten) Gemeingefahr im jeweiligen Einzelfall maßgeblichen Tatumstände vom Vorsatz des Täters umfaßt sein. Das Wissen um die rein theoretische Möglichkeit der Weiterverbreitung einer (nicht schon vom Täter selbst an mindestens 30 bis 50 Personen zu verteilen oder verteilten) Suchtgiftmenge allein reicht demnach nicht aus; der Tätersvorsatz muß sich vielmehr in diesem Falle - über das Zureichen des tatgegenständlichen Suchtgiftquantums zur Gefährdung eines solchen Personenkreises hinaus - auch darauf erstrecken, daß das Suchtgift nach den konkreten Umständen der vorgesehenen Verteilung im Wege der Weiterverbreitung letzten Endes tatsächlich mindestens 30 bis 50 Menschen zukommen kann (vgl. 13 Os 155/77 = ÖJZ-LSK 1978/ 32, 33 und die dort zitierten weiteren Entscheidungen). Ausgehend hiervon verwirklicht aber der vom Erstgericht festgestellte, oben wiedergegebene entscheidungswesentliche Sachverhalt nicht den Tatbestand des Verbrechens nach dem § 6 Abs. 1 SuchtgiftG. Denn bezüglich der vom Mittäter Kurt B weitergegebenen Menge von 30 Gramm Rohopium - deren Empfänger im übrigen (wie festgestellt) in Wohngemeinschaft lebende, bereits süchtige und das Rauschgift daher zumindest primär für ihren eigenen Bedarf benötigende Personen waren - mangelt es an einer

strafrechtlichen Mitverantwortlichkeit des Angeklagten schon deshalb, weil diese Weitergabe nach den Konstatierungen des Erstgerichtes dem Angeklagten nicht bekannt und nicht von seinem Vorsatz umfaßt war. Die 'ab und zu' erfolgte Weitergabe von 'einem Schuß' Rohopium an zwei oder drei andere Personen zum Zwecke deren Eigenbedarfes schließt aber schon in abstracto die Möglichkeit, daß hiedurch 30 bis 50 Menschen der Sucht zugeführt werden könnten, aus. Das gesamte übrige importierte Suchtgift wurde jedoch vom Angeklagten und seinem abgesondert verfolgten Mittäter selbst verbraucht.

Ohne Rechtsirrtum hat das Erstgericht daher den von Punkt A I des Urteilsspruches umfaßten Sachverhalt nur als das Vergehen nach dem § 9 Abs. 1 Z 1 und 2 SuchtgiftG beurteilt.

Die unberechtigte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft war sohin zu verwerfen.

Aus Anlaß dieser Nichtigkeitsbeschwerde war jedoch wahrzunehmen, daß das Strafgesetz zum Nachteil des Angeklagten insoweit unrichtig angewendet wurde, als die unter den Punkten A I und II sowie B des Urteilsspruches bezeichneten Taten als jeweils gesondertes Vergehen nach dem § 9 Abs. 1 (unter Heranziehung der Z 1, 2 und 5) SuchtgiftG beurteilt wurden.

Da der Angeklagte diese Nichtigkeit (§ 281 Abs. 1 Z 10 StPO) nicht rügte, war sie gemäß dem § 290 Abs. 1

StPO von Amts wegen aufzugreifen.

Im einzelnen ist hiezu festzuhalten, daß es vom Erstgericht verfehlt war, den unter Punkt B des Urteilsspruches umschriebenen Sachverhalt, der dem gleichen Deliktstypus zuzuordnen ist, wie das unter Punkt A I des Urteilsspruches beschriebenen Täterverhalten dem Angeklagten gesondert als (weiteres) Vergehen nach dem § 9 Abs. 1 Z 2

SuchtgiftG anzulasten, anstatt ihn insgesamt wegen des (einen) Vergehens nach dem § 9 Abs. 1 Z 1 und 2 SuchtgiftG schuldig zu erkennen (vgl. 13 Os 18/77, ÖJZ-LSK 1977/169).

Ausgehend von der Annahme, es sei der Bestimmung des § 9 Abs. 1 Z 5 SuchtgiftG mit dem Inkrafttreten des StGB materiell derogiert worden, weil dessen - mit höherer Strafdrohung ausgestatteter - § 223 jeden der erstgenannten Norm zu unterstellenden Sachverhalt umfasse, regt die Generalprokuratur darüber hinaus die amtswegige Ausschaltung der rechtlichen Beurteilung des Schuldspruches zu A II des Urteilssatzes als Vergehen nach dem § 9 Abs. 1 Z 5 SuchtgiftG gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO an. Zu einem solchen Vorgehen besteht jedoch aus folgenden Erwägungen kein Anlaß:

Wohl wird im Hinblick auf die Subsidiaritätsklausel des § 9 Abs. 2 SuchtgiftG ein an sich dem (schlichten) Tatbestand des § 9 Abs. 1 Z 5 SuchtgiftG entsprechendes Verhalten in der Regel der strengeren Norm des § 223

StGB zu unterstellen sein. Damit hat jedoch diese Bestimmung des Suchtgiftgesetzes ihre Bedeutung noch nicht verloren. Es darf nämlich nicht übersehen werden, daß in bestimmten (qualifizierten) Fällen - wenn die Tat gewerbsmäßig begangen wurde oder durch sie vorsätzlich von einem mindestens 21 Jahre alten Täter einer Person, die das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, der Verbrauch eines Suchtgiftes ermöglicht wurde - die im § 9 Abs. 2

SuchtgiftG normierte Strafdrohung infolge der Möglichkeit der Verhängung einer Geldstrafe (bis zu 360 Tagessätzen) neben Freiheitsstrafe (bis zu einem Jahr) im Verhältnis zu jener des § 223 (Abs. 1) StGB sogar die strengere ist, so daß die Subsidiaritätsklausel nicht wirksam wird.

Abgesehen davon ist auch denkbar, daß eine Tat dem § 9 Abs. 1 Z 5 SuchtgiftG deshalb unterstellt werden muß, weil eine Ahndung nach dem § 223 StGB infolge Vorliegens von den Strafaufhebungsgrund der tätigen Reue nach dem § 226 StGB bildenden Umständen nicht möglich ist. (Eine Übertragung dieser Strafaufhebungsnorm auf das Tatbild des § 9 Abs. 1 Z 5 SuchtgiftG kommt schon wegen dessen inhaltsreicherer, auf einen speziellen Schutzzweck abgestellter Fassung nicht in Frage).

Daraus erhellt, daß für die Anwendung der formell nicht außer Kraft gesetzten Norm des § 9 Abs. 1 Z 5 SuchtgiftG noch Raum bleibt, weswegen auch von einer materiellen Derogation dieser Bestimmung nicht die Rede sein kann.

Für den vorliegenden Fall ergibt sich, daß das Erstgericht den festgestellten Sachverhalt zwar rechtsrichtig dem § 223 Abs. 2 StGB unterstellen hätte müssen. Allein, dieser Rechtsirrtum kann, weil er dem Angeklagten nicht zum Nachteil gereicht, von Amts wegen nicht korrigiert werden.

Infolge Aufhebung des Urteils in einem Teil des Schuldspruches und demgemäß auch im Strafausspruch war die Strafe

neu zu bemessen. Dabei wurde als erschwerend die einschlägige Vorstrafe des Angeklagten, der rasche Rückfall, das Zusammentreffen mehrerer Vergehen und die Wiederholung der Suchtgift- und Betrugstaten, als mildernd das Geständnis des Angeklagten und die (nunmehr) vollständige Gutmachung des Schadens im Diebstahlsfaktum gewertet. Eine Freiheitsstrafe im Ausmaß von 10 Monaten entspricht dem Unrechtsgehalt der Taten und der Schwere der Schuld des Täters. Es konnte aber auch - insoweit gleich dem Ausspruch des Erstgerichtes - bedingte Strafnachsicht nach dem § 43 Abs. 1 StGB gewährt werden. Insbesondere der Umstand, daß sich der Angeklagte seit der letzten, nunmehr nahezu drei Jahre zurückliegenden Straftat wohl verhielt, wobei es ihm gelungen ist, sich von seiner Drogenabhängigkeit vollständig zu befreien, rechtfertigt ein solches Vorgehen, dem bei dieser Sachlage auch Bedenken generalpräventiver Natur nicht entgegenstehen. Mithin war wie im Spruche zu erkennen.

Die Kostenentscheidung beruht auf der angeführten Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E01537

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

ECLI:AT:OGH0002:1978:0110OS00129.78.1031.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19781031\_OGH0002\_0110OS00129\_7800000\_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)