

# TE OGH 2010/11/10 150s105/10w

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 10.11.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 10. November 2010 durch die Senatspräsidentin des Obersten Gerichtshofs Dr. Schmucker als Vorsitzende sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Danek, Dr. T. Solé und Mag. Lendl sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtswärterin Mag. Reichly als Schriftführerin in der Strafsache gegen Roland P\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten sowie die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 5. Februar 2010, GZ 7 Hv 133/09d-249, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufungen werden die Akten dem Oberlandesgericht Graz zugeleitet.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch einen Ausspruch über die Abschöpfung der Bereicherung enthält, wurde Roland P\*\*\*\*\* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG schuldig erkannt.

Danach hat er im Zeitraum von November 2003 bis 29. Dezember 2008 in Graz vorschriftswidrig Suchtgift in einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen, indem er zumindest 6.272 Gramm Kokain (mindestens 2.683 Gramm Kokain in Reinsubstanz) an Hannes W\*\*\*\*\*, Heinz M\*\*\*\*\*, Christian K\*\*\*\*\*, Peter H\*\*\*\*\*, Karl Kl\*\*\*\*\*, Patrick De Mo\*\*\*\*\* und Edwin Pa\*\*\*\*\* gewinnbringend verkaufte.

## Rechtliche Beurteilung

Dagegen richtet sich die auf Z 3, 4, 5, 5a, 10 und 11 des § 281 Abs 1 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten; sie geht fehl.

Der Verfahrensrüge (Z 3) zuwider begründet die in der Hauptverhandlung trotz Widerspruchs der Verteidigung erfolgte Verlesung der Aussage des geständigen, bloß polizeilich vernommenen Zeugen Karl Kl\*\*\*\*\* (der entgegen der ihm erteilten Belehrung durch den Vorsitzenden die Aussage verweigert hatte; ON 229 S 19) schon deshalb keinen Verstoß gegen § 252 Abs 1 Z 3 StPO, weil § 157 Abs 1 Z 1 StPO unter anderem jenen Zeugen ein Entschlagungsrecht zubilligt, die

sich im Zusammenhang mit einem gegen sie geführten Strafverfahren der Gefahr aussetzen würden, sich über ihre bisherige Aussage hinaus selbst zu belasten, ohne dass insoweit zwischen gerichtlicher und kriminalpolizeilicher Vernehmung unterschieden würde. Einem Zeugen, der bei seiner vorangegangenen kriminalpolizeilichen Vernehmung als Beschuldigter ein Geständnis abgelegt hat, steht daher in diesem Umfang kein Entschlagungsrecht nach § 157 Abs 1 Z 1 StPO zu. Auch angesichts der im Rahmen kriminalpolizeilicher Vernehmungen geltenden Garantien der §§ 50, 164 StPO kann die bisherige differenzierende Judikatur (RIS-Justiz RS0114130, RS0113809) zu § 152 Abs 1 Z 1 StPO aF nicht aufrecht erhalten werden (vgl. Fabrizy, StPO10 § 157 Rz 5; aA Kirchbacher, WK-StPO § 157 Rz 7).

Vor allem aber ist der Angeklagte durch die gerügte Verlesung nicht beschwert:

Das - nicht im Zuge eigenständiger Tathandlungen, sondern im Rahmen einer vom Erstgericht angenommenen tatbestandlichen Handlungseinheit (US 7) - erfolgte gewinnbringende Überlassen von Kokain an die Zeugen Hannes W\*\*\*\*\*, Heinz M\*\*\*\*\*, Christian K\*\*\*\*\*, Patrick De Mo\*\*\*\*\* und Edwin Pa\*\*\*\*\* in der festgestellten Menge von 5.822 Gramm Kokain (2.336,94 Gramm Reinsubstanz, entspricht dem mehr als 155-fachen der Grenzmenge; US 6) trägt nämlich für sich allein bereits die rechtliche Beurteilung des Überlassens einer unbestimmten - zumindest fünfundzwanzigfachen - Mehrzahl großer Mengen Suchtgift (§ 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG). An Karl Kl\*\*\*\*\* wurden jedoch bloß 150 Gramm Kokain verkauft (US 6). Auch eine zu Unrecht erfolgte Verlesung seiner Aussage hätte daher unzweifelhaft keinen dem Angeklagten nachteiligen Einfluss auf die Entscheidung zu üben vermocht (§ 281 Abs 3 StPO; vgl. auch Ratz, WK-StPO § 281 Rz 22, 399, § 282 Rz 11, 23; 11 Os 158/07f).

Damit sprechen auch Verfahrens- und Mängelrüge (Z 4 und 5), soweit sie sich auf das Überlassen von Suchtgift an die Zeugen Karl Kl\*\*\*\*\* und Peter H\*\*\*\*\*, dem der Angeklagte 300 Gramm Kokain (231 Gramm Reinsubstanz) überlassen hat (US 6), sowie auf die Vorstrafenbelastung des Letztgenannten zur Frage seiner Glaubwürdigkeit beziehen, keine für die Schuld- und Subsumtionsfrage entscheidende Tatsache an.

Entgegen dem Vorbringen der Verfahrensrüge (Z 4) hat das Schöffengericht den Antrag auf Einholung eines psychologischen bzw. psychiatrischen Gutachtens hinsichtlich der Belastungszeugen zum Beweis dafür, dass diese durch mehrjährigen Suchtgiftkonsum zu Konfabulationstendenzen neigen und sie daher zu Unrecht den Angeklagten belasten (S 89 ff in ON 247; S 31 ff in ON 248), zu Recht abgewiesen. Die Beurteilung der Glaubwürdigkeit von Zeugen steht grundsätzlich dem Gericht zu (§ 258 Abs 2 StPO), eine Hilfestellung durch Sachverständige kommt nur in Ausnahmefällen, wie bei Entwicklungsstörungen oder geistigen Defekten unmündiger oder jugendlicher Zeugen in Betracht. Die bloße Behauptung von Konfabulationstendenzen aufgrund von Suchtgiftmissbrauch indiziert das behauptete Beweisergebnis nicht, sodass eine Erkundungsbeweisführung angestrebt wurde. Im Übrigen wurde im Beweis Antrag nicht dargetan, warum anzunehmen sei, dass sich die Zeugen zur begehrten Untersuchung bereit finden werden (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 350; Hinterhofer, WK-StPO § 126 Rz 7 ff).

Die in der Beschwerde nachgetragenen, aus der Aussage des Zeugen D\*\*\*\*\* abgeleiteten Gründe für die Antragstellung verstoßen gegen das für die Prüfung eines Zwischenerkenntnisses geltende Neuerungsverbot (RIS-Justiz RS0099618, RS0099117; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 325).

Die die Begründung zur Annahme des Reinheitsgehalts des verfahrensgegenständlichen Suchtgifts kritisierende Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall iVm Z 5 vierter Fall) übersieht, dass nicht die Korrektheit der Feststellung von Strafzumessungstatsachen, sondern nur deren rechtsfehlerhafte Beurteilung nichtigkeitsrelevant ist (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 680).

Im Übrigen ist Bezugspunkt der Anfechtung nur ein beim konkreten Strafbemessungsvorgang tatsächlich in Rechnung gestellter Umstand (Fabrizy, StPO10 § 281 Rz 76). Im vorliegenden Fall wurde aber eine ziffernmäßig bestimmte Überschreitung der übergroßen Menge gar nicht als erschwerend angenommen (US 42). Eine solche ergäbe sich aber schließlich auch unter der Annahme eines lediglich 20%igen Reinheitsgehalts jener 5.800 Gramm Heroin, die den Zeugen W\*\*\*\*\*, M\*\*\*\*\*, K\*\*\*\*\* und De Mo\*\*\*\*\* überlassen wurden, zuzüglich des an Kl\*\*\*\*\*, H\*\*\*\*\* und Pa\*\*\*\*\* überlassenen Suchtgifts mit einem Reinheitsgehalt von 77 % (US 6).

Als Scheinbegründung (Z 11 erster Fall iVm Z 5 vierter Fall) erachtet der Beschwerdeführer die Erwägungen der Tatrichter zum festgestellten Gewinn aus Suchtgiftverkäufen, hält dabei jedoch nicht an der Gesamtheit der Entscheidungsgründe fest (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 394, 455), hat das Erstgericht den Gewinnaufschlag doch - zumal die Herkunft und der Einkaufspreis des Suchtgifts unbekannt geblieben ist - mit dem Risiko von Suchtgiftgeschäften und den tatsächlich vorgefundenen Vermögenswerten begründet (US 38 f). Keine oder eine offenbar unzureichende

Begründung liegt aber nicht bereits dann vor, wenn die angeführten Gründe für den Beschwerdeführer bloß nicht überzeugend genug scheinen.

Dass das Erstgericht zu Gunsten des Angeklagten bei dem an den Zeugen M\*\*\*\*\* überlassenen Suchtgift von einem geringeren Reinheitsgehalt (40 %) ausging als das gegen diesen ergangene verurteilende Erkenntnis wegen des seinerseits in Verkehr gesetzten - zum Teil gestreckten - Suchtgifts (79 %), vermag entgegen der Tatsachenrüge (Z 5a) auf Aktenbasis keinerlei Bedenken gegen die als erwiesen angenommenen entscheidenden Tatsachen zu begründen.

Dass unterschiedliche - wenn auch rechtlich gleichwertige („alternatives Mischdelikt“) - Begehungsformen bei einer enumerativen Bezeichnung der strafbaren Handlung (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) nicht mitzuzählen wären, wird in der Subsumtionsrüge (Z 10) bloß begründungslos behauptet. Im Übrigen würde eine falsche Benennung der als begründet erachteten strafbaren Handlung keine Nichtigkeit des Urteils bewirken (Lendl, WK-StPO § 260 Rz 32 mwN).

Die vermissten Feststellungen zum Reinheitsgehalt des Suchtgifts finden sich auf US 6.

Nicht im Recht ist die Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall) mit dem Vorbringen, der Erschwerungsgrund der einschlägigen Vorstrafen sei zu Unrecht angenommen worden. Der Beschwerdeführer bezieht sich zur Begründung auf eine Stelle im wissenschaftlichen Schrifttum (Kert, WK-StPO TilgG § 4 Rz 32), die - ohne gesetzliche Ableitung (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 590) - zwar dafür plädiert, bei im Verhältnis des § 31 StGB stehenden Verurteilungen die Zeit seit dem Fristenlauf der früheren Entscheidung einzuberechnen, unmissverständlich aber - und insofern widersprüchlich - von einem Beginn der Tilgungsfrist ab vollzogener Zusatzstrafe (in diesem Sinne auch Eder-Rieder, Strafregister- und Tilgungsgesetz, 138; Szirba-Fessler, Die Tilgung von Verurteilungen und das Strafregister, 55; Mayerhofer, Nebenstrafrecht 5 TilgG § 4 E 3) ausgeht. Das Gesetz sieht für die Berechnung der Tilgungsfrist, die sich bei mehreren (nicht im Verhältnis des § 31 StGB stehenden) Verurteilungen entsprechend der Bestimmung des § 4 Abs 2 TilgG verlängert, eine privilegierende Regelung für Verurteilungen, die im Verhältnis des § 265 StPO (nunmehr § 31 StGB; Kert, WK-StPO TilgG § 4 Rz 29) stehen, ausschließlich darin, dass diese als eine Verurteilung gelten, deren Tilgungsfrist unter Zugrundelegung der Summe der verhängten Strafen nach § 3 TilgG zu bestimmen ist (§ 4 Abs 5 TilgG). Eine „Einrechnung“ der Zeit seit dem Vollzugsdatum der vorangegangenen, im Verhältnis des § 31 StGB stehenden Verurteilung, kennt das Gesetz nicht, sondern setzt - zumal andernfalls die Tilgungsfrist bereits vor dem Vollzug der späteren Strafe zu laufen beginnen würde - den Beginn der Tilgungsfrist einheitlich mit dem Zeitpunkt fest, zu dem alle Freiheits- oder Geldstrafen und die mit Freiheitsentzug verbundenen vorbeugenden Maßnahmen vollzogen sind, als vollzogen gelten, nachgesehen worden sind oder nicht mehr vollzogen werden dürfen (§ 2 Abs 1 TilgG).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur bereits bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Graz zur Entscheidung über die Berufungen folgt (§ 285i StPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

### **Schlagworte**

Strafrecht

### **Textnummer**

E95897

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

ECLI:AT:OGH0002:2010:01500S00105.10W.1110.000

### **Im RIS seit**

14.01.2011

### **Zuletzt aktualisiert am**

30.01.2013

**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)