jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE OGH 2010/9/28 14Os115/10h

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.09.2010

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 28. September 2010 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Philipp als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Lässig, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer und Mag. Hautz in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Reichly als Schriftführerin in der Strafsache gegen Abramo H***** wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 1 SMG über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Innsbruck als Schöffengericht vom 1. Juli 2010, GZ 26 Hv 78/10i-67, sowie seine Beschwerde gegen den unter einem gefassten Beschluss auf Widerruf einer bedingten Entlassung nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus ihrem Anlass werden das Urteil, das im Übrigen unberührt blieb, in der Subsumtion nach§ 28a Abs 2 Z 1 SMG und demzufolge auch im Strafausspruch einschließlich der Vorhaftanrechnung sowie der gemeinsam mit dem Urteil gefasste Beschluss auf Widerruf einer bedingten Entlassung aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Innsbruck verwiesen.

Mit seiner Berufung und seiner Beschwerde wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Ihm fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Abramo H***** des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 1 SMG schuldig erkannt.

Danach hat er in Innsbruck zwischen 19. Oktober 2009 und 12. Februar 2010 vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge gewerbsmäßig anderen überlassen, indem er 108 Gramm Cannabis mit einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 5 % THC und 45,5 Gramm Kokain mit einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von zumindest 27 % an mehrere im Urteil namentlich genannte Abnehmer gewinnbringend verkaufte, nachdem er schon zumindest einmal wegen einer § 28a Abs 1 SMG entsprechenden Straftat verurteilt worden war.

Dagegen richtet sich die auf die Gründe der Z 4 und Z 5a des§ 281 Abs 1 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, der keine Berechtigung zukommt.

Rechtliche Beurteilung

Soweit die Rüge undifferenziert das Unterbleiben der Einholung einer Stellungnahme des dem Angeklagten zu

AZ 29 BE 59/09m des Landesgerichts Innsbruck beigegebenen Bewährungshelfers kritisiert, weil eine solche „einen objektiven Hinweis auf das Vorliegen der Voraussetzungen des § 28a Abs 3 SMG hätte liefern können“, scheitert sie aus Z 4 betrachtet schon an der grundlegenden Voraussetzung einer (hier mangelnden) Antragstellung in der Hauptverhandlung. Als Aufklärungsrüge (Z 5a) lässt sie offen, was den Beschwerdeführer an sachgerechter Antragstellung gehindert hat.

Im Übrigen wurde eine entsprechende Stellungnahme von der Bewährungshelferin in der Hauptverhandlung vorgelegt (ON 54 S 2 iVm ON 63).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher gemäß § 285d Abs 1 StPO schon bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen.

Da das Gesetz nur eine einzige Ausführung der Beschwerdegründe zulässt, war auf die erst im Zuge des Rechtsmittelverfahrens eingelangte Eingabe des Angeklagten, welche sich als Nachtrag zu seinen Rechtsmittelausführungen darstellt, nicht Rücksicht zu nehmen (Ratz, WK-StPO § 285 Rz 6).

Aus deren Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur, dass der angefochtenen Entscheidung zum Nachteil des Angeklagten der von Amts wegen wahrzunehmende (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO) Nichtigkeitsgrund des § 281 Abs 1 Z 10 StPO anhaftet.

Die Feststellung, dass es dem Angeklagten „bei dieser Vielzahl von in Teilgeschäften abgewickelten Kokain- und Cannabisverkäufen“ darauf ankam, „sich durch deren wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen“ (US 6), vermag nämlich die Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Tatbegehung, welche insoweit die Absicht voraussetzt, sich durch das wiederholte Überlassen von die Grenzmenge (jeweils) übersteigenden Suchtgiftquanten eine solche Einnahme zu verschaffen, nicht zu tragen (RIS-Justiz RS0112225).

Mit seiner Berufung und seiner Beschwerde war der Angeklagte auf die Kassation zu verweisen.

Im zweiten Rechtsgang wird folgendes zu beachten sein:

Das Erstgericht ging vom Vorliegen der Voraussetzungen der Strafschärfung bei Rückfall nach § 39 StGB und explizit von einem Strafrahmen von einem Jahr bis zu fünfzehn Jahren aus, wobei es im Rahmen der Strafzumessung die einschlägigen Vorstrafen, das Vorliegen der „Rückfallsvoraussetzungen“ des § 39 StGB, den überaus raschen Rückfall und den Umstand, dass der Angeklagte verschiedene Suchtgifte verkauft hat, als erschwerend wertete.

Ergibt sich eine tatbestandliche Handlungseinheit durch Zusammenrechnung verschiedener Wirkstoffe (hier: 12,285 Gramm reines Kokain [entsprechend etwa 82 % der großen Menge von 15 Gramm Kokain] und 5,35 Gramm THC [entsprechend etwa 27 % der großen Menge von 20 Gramm THC]), wird gerade durch die Addition die Strafdrohung bestimmt, sodass die Annahme eines im Zusammentreffen verschiedener Wirkstoffe bestehenden Erschwerungsgrundes vorliegend - wie die Generalprokuratur zutreffend aufzeigt - gegen das in § 32 Abs 2 erster Satz StGB verankerte Doppelverwertungsverbot verstößt (RIS-Justiz RS0116750).

Nicht gefolgt werden kann der Ansicht der Generalprokuratur, dass - trotz grundsätzlichen Vorliegens der Voraussetzungen des § 39 StGB - die Annahme eines Strafrahmens von einem bis zu fünfzehn Jahren, die darauf gründet, dass die Strafdrohung des § 28a Abs 2 Z 1 SMG nach § 39 StGB um die Hälfte überschritten werden darf, verfehlt gewesen sei. Begründet wird dies damit, dass der fallbezogen strafsatzbestimmende Qualifikationstatbestand des § 28a Abs 2 Z 1 SMG neben gewerbsmäßiger Begehung der Straftat nach § 28a Abs 1 SMG zwingend erfordere, dass der Täter schon einmal wegen einer solchen Straftat (nach § 28a Abs 1 SMG) verurteilt worden sei, sodass ein- und dieselbe Verurteilung des Angeklagten nicht sowohl unter diesem Aspekt als auch unter jenem des § 39 StGB, sohin doppelt in Anschlag zu bringen sei. Dies ergebe sich aus dem Grundsatz, dass ein Umstand, der bereits für die Anwendung eines bestimmten Strafsatzes maßgeblich sei, nicht noch einmal zur Bildung eines Strafrahmens (hier nach § 39 StGB) herangezogen werden dürfe. Ausschlaggebend seien dafür vor allem Billigkeitserwägungen, die im materiellen Strafrecht immer wieder in unterschiedlicher Form zum Tragen kommen würden (so beim Verbot der Doppelverwertung nach § 32 Abs 2 StGB und beim Verbot der Doppelbestrafung nach Art 4 Abs 1 7. Zusatzprotokoll zur MRK, das schon die doppelte Berücksichtigung einzelner Unrechtselemente unterbinde und auch im Rahmen der Lehre von der Scheinkonkurrenz Beachtung finde [unter Verweis auf Ratz in WK² Vor §§ 28 - 31 Rz 26]). Die Zugrundelegung eines nach § 39 StGB erweiterten Strafrahmens, die - unbeschadet der weiteren hiefür erforderlichen

Voraussetzungen - darauf fuße, dass der Angeklagte auch genau jene Verurteilung aufzuweisen habe, die ihm - neben einem weiteren Tatbestandserfordernis - die Annahme der Qualifikation nach § 28a Abs 2 Z 1 SMG (und damit gegenüber § 28a Abs 1 SMG doppelt so hohe Strafdrohung) eingetragen habe, würde ihn nämlich unbillig hart treffen.

Dem steht entgegen, dass § 28a Abs 2 Z 1 SMG und § 39 StGB betreffend der in Frage kommenden Vorstrafen keine deckungsgleichen Voraussetzungen aufweisen. § 28a Abs 2 Z 1 SMG stellt lediglich darauf ab, dass der Täter schon einmal wegen einer Straftat nach Abs 1 verurteilt worden ist, sodass als qualifikationsbegründend jede (noch nicht getilgte) Verurteilung, mag sie auch zu einer gänzlich bedingt nachgesehenen Freiheitsstrafe oder zu einer Geldstrafe (etwa nach § 28 Abs 2 SMG aF oder nach § 28a Abs 1 SMG jeweils iVm § 37 Abs 1 StGB) erfolgt sein, als objektive Voraussetzung in Frage kommt. § 39 Abs 1 StGB stellt hingegen auf die zweimalige Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe wegen Taten, die auf der gleichen schädlichen Neigung beruhen, den zumindest teilweisen Vollzug dieser Strafen und den Umstand ab, dass der Täter nach Vollendung des neunzehnten Lebensjahres neuerlich aus der gleichen schädlichen Neigung eine strafbare Handlung begeht. Als zusätzliches Korrektiv sieht § 39 Abs 2 StGB vor, dass eine frühere Strafe außer Betracht bleibt, wenn seit ihrer Verbüßung bis zur folgenden Tat mehr als fünf Jahre vergangen sind. Demnach ist § 39 StGB, dessen Anwendung „besonderen Fällen eines erhöhten Strafbedürfnisses" vorbehalten bleiben soll (13 Os 64/75, SSt 46/40 = EvBl 1975/268; Flora in WK² § 39 Rz 35), an wesentlich strengere Voraussetzungen geknüpft. Soweit § 28a Abs 2 Z 1 SMG für den Bereich der qualifizierten Tathandlungen die Gewerbsmäßigkeit an die zusätzliche Voraussetzung einer bereits wegen einer Straftat nach Abs 1 ergangenen Verurteilung knüpft, wollte der Gesetzgeber damit den Versuch unternehmen, den „problematischen Begriff der Gewerbsmäßigkeit als Qualifikationsnorm (zumindest ein wenig mehr) zu objektivieren" (EBRV 301 BlgNR 23. GP 17). Auf die Gefährlichkeit des Täters stellt § 28a Abs 2 Z 1 SMG somit bezüglich der Vorverurteilung nicht bzw nur indirekt insoweit ab, als ein objektives Kriterium für die Annahme des ein besonderes Gefahrenmoment darstellenden gewerbsmäßigen Handelns definiert werden soll. § 39 StGB hat wiederum die Wirkungslosigkeit bisherigen Strafvollzugs im Auge und berücksichtigt unmittelbar die Gefährlichkeit des Neigungstäters (Flora in WK² § 39 Rz 38). Insoweit ist in der Differenzierung zwischen Tätern, welche bereits wegen einer Straftat nach § 28a Abs 1 SMG verurteilt wurden, und solchen, die bereits zweimal wegen solcher oder auf derselben schädlichen Neigung beruhender Taten verurteilt wurden und bei denen sich zweimaliger Strafvollzug als wirkungslos erwiesen hat, keine unbillige Härte gegenüber letzteren zu erblicken.

Schlagworte

Strafrecht

Textnummer

E95444

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:0140OS00115.10H.0928.000

Im RIS seit

20.11.2010

Zuletzt aktualisiert am

30.01.2013

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