

# TE OGH 2010/6/22 110s64/10m

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.06.2010

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 22. Juni 2010 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Zehetner als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher, Dr. Schwab, Mag. Lendl und Dr. Bachner-Foregger als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Spreitzer als Schriftführer, in der Strafsache gegen Timerlan H\*\*\*\*\* und Muslim M\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des schweren Raubes nach §§ 142 Abs 1, 143 zweiter Fall StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten sowie über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 30. September 2009, GZ 11 Hv 81/09m-167, ferner über die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen einen Beschluss nach § 494a StPO nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden zurückgewiesen.

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde des Timerlan H\*\*\*\*\* werden das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im diesen Angeklagten betreffenden Schuldspruch wegen des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG (III./), demzufolge im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung), im Adhäsionserkenntnis sowie der Beschluss nach § 494a Abs 1 Z 2 StPO aufgehoben und die Sache an das Erstgericht verwiesen,

1. mit dem Auftrag, in Betreff des dem kassierten Schuldspruch zu Grunde liegenden Verhaltens nach § 37 SMG vorzugehen,
2. im Übrigen zu neuer Verhandlung und Entscheidung.

Zur Entscheidung über die Berufungen des Angeklagten Muslim M\*\*\*\*\* und der Staatsanwaltschaft (betreffend den Zweitangeklagten) werden die Akten dem Oberlandesgericht Graz zugeleitet.

Timerlan H\*\*\*\*\* wird mit seiner Berufung ebenso wie die Staatsanwaltschaft mit ihren diesen Angeklagten betreffenden Rechtsmitteln auf die Kassation verwiesen.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch jeweils in Rechtskraft erwachsene Teilfreispüche enthält, wurden Timerlan H\*\*\*\*\* und Muslim M\*\*\*\*\* des Verbrechens des schweren Raubes nach §§ 142 Abs 1, 143 (richtig:) zweiter Fall StGB (I./), Timerlan H\*\*\*\*\* auch des Vergehens des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG (III./), Muslim M\*\*\*\*\* der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1

erster, zweiter und achter Fall, Abs 3 SMG (II./) und § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG (III./) schuldig erkannt.

Danach haben in Graz

I./ Timerlan H\*\*\*\*\* und Muslim M\*\*\*\*\* im bewussten und gewollten Zusammenwirken auch mit einem unbekannt gebliebenen Mittäter dem Andrei S\*\*\*\*\* mit Gewalt und durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben (§ 89 StGB) unter Verwendung einer Waffe fremde bewegliche Sachen, nämlich eine Substitolkapsel und 180 Euro, mit dem Vorsatz, sich und Dritte durch die Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, weggenommen und abgenötigt, indem sie ihm Schläge und Tritte versetzten und ihm ein Klappmesser an den Oberkörper anhielten;

II./ Muslim M\*\*\*\*\* vorschriftswidrig Suchtgift erworben, besessen und anderen gewerbsmäßig überlassen, indem er dieses mit Gewinnaufschlag verkaufte, und zwar

1./ von April 2008 bis 12. Dezember 2008 in mehreren Angriffen insgesamt ca 280 Gramm Marihuana an Oliver Sch\*\*\*\*\*;

2./ von Jänner 2008 bis August 2008 in mehreren Angriffen insgesamt ca 75 Gramm Marihuana an Christoph G\*\*\*\*\*;

3./ im Sommer 2008 drei bis vier Säckchen Marihuana an Sabrina O\*\*\*\*\*;

III./ Timerlan H\*\*\*\*\* und Muslim M\*\*\*\*\* von Frühjahr 2008 bis zu ihrer Festnahme am 22. November 2008 bzw 13. Dezember 2008 Substitoltabletten á 200 mg und Marihuana zum Eigenkonsum erworben und besessen.

Gegen dieses Urteil richten sich Nichtigkeitsbeschwerden beider Angeklagter, die sich jeweils auf § 281 Abs 1 Z 5, 9 lit a und 10 StPO, jene des Muslim M\*\*\*\*\* auch auf § 281 Abs 1 Z 5a StPO stützen.

Während der Erstangeklagte ausdrücklich nur den Schuldspruch I./ bekämpft, war auf jene des Zweitangeklagten zu den Schuldsprüchen II./ und III./ keine Rücksicht zu nehmen, weil er insoweit weder bei der Anmeldung noch der Ausführung der Beschwerde deutlich und bestimmt angeblich Nichtigkeit bewirkende Umstände bezeichnet hat (§ 285d Abs 1 Z 1 iVm § 285a Z 2 StPO).

### **Rechtliche Beurteilung**

Beide Nichtigkeitsbeschwerden verfehlen ihr Ziel.

Deren Erledigung voranzustellen ist, dass das Gericht gemäß § 270 Abs 2 Z 5 StPO verpflichtet ist, die schriftliche Urteilsausfertigung in gedrängter Darstellung abzufassen und darin mit Bestimmtheit anzugeben, welche Tatsachen als erwiesen oder als nicht erwiesen angenommen wurden und aus welchen Gründen dies geschah. Es muss daher nicht den vollständigen Inhalt sämtlicher Aussagen und Verfahrensergebnisse im Einzelnen erörtern und sich mit den Beweisresultaten in Richtung aller denkbaren Schlussfolgerungen auseinandersetzen.

Unvollständigkeit (§ 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall StPO) ist gegeben, wenn ein Gericht bei der Feststellung entscheidender Tatsachen erhebliche, in der Hauptverhandlung vorgekommene (§ 258 Abs 1 StPO) Verfahrensergebnisse mit Stillschweigen übergeht, Widersprüche zwischen den Aussagen vernommener Personen nicht erörtert oder die Gründe nicht angibt, aus denen es Beweise für nicht stichhältig erachtet. Aktenwidrig (Z 5 letzter Fall) ist ein Urteil, wenn es den eine entscheidende Tatsache betreffenden Inhalt einer Aussage oder Urkunde, auf die es seine Feststellungen stützt, in seinen wesentlichen Teilen unrichtig oder unvollständig wiedergibt.

Die Geltendmachung materiellrechtlicher Nichtigkeitsgründe (hier § 281 Abs 1 Z 9 lit a und Z 10 StPO) wiederum erfordert ein striktes Festhalten an den tatsächlich getroffenen Urteilsfeststellungen in ihrer Gesamtheit und die auf dieser Grundlage zu führende Darstellung, dass dem Erstgericht bei Beurteilung dieses Urteilssachverhalts ein Rechtsirrtum unterlaufen ist.

Die Mängel- und Rechtsrügen beider Angeklagter verlassen aber den dargelegten Anfechtungsrahmen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Erstangeklagten:

Die Mängelrüge (Z 5) stellt sich insgesamt als Versuch dar, die Beweiswürdigung des Erstgerichts zu bekämpfen, indem Abweichungen in den Aussagen des Raubopfers isoliert betrachtet und eigene Überlegungen zu einem alternativen Geschehensablauf angestellt werden. Entgegen der Kritik des Erstangeklagten hat das Schöffengericht mangelfrei dargelegt, weswegen der Verantwortliche des Beschwerdeführers, wonach er allein und ohne eine Waffe zu verwenden (ON 7 S 81; ON 166 S 4), den Raub begangen habe, kein Glaube geschenkt wurde (US 20 f). Angesichts der

unmissverständlichen Konstatierungen des Erstgerichts über das von allen Tätern getragene Einverständnis, den Raub unter Verwendung eines Messers fortzusetzen, und die darauf folgenden, dem Opfer auch vom Beschwerdeführer versetzten Schläge unterlässt der Einwand, nur der unbekannte Mittäter habe das Messer eingesetzt, eine Darlegung, weshalb der Frage, welche Tathandlungen die Täter im Einzelnen konkret gesetzt haben, im Fall der Mittäterschaft entscheidende Bedeutung zukommen sollte (RIS-Justiz RS0089835). Der mit eigenständiger Interpretation ohnedies gewürdigter Beweisergebnisse bekämpfte Schluss von den Tatmodalitäten auf die innere Tatseite des Beschwerdeführers ist ohne weiteres vertretbar und bei leugnenden Angeklagten in der Regel methodisch nicht zu ersetzen (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 452).

Die Subsumtionsrüge („Z 9, Z 10“; inhaltlich Z 10), die ohne methodengerechte Argumentation erneut lediglich bestreitet, dass der Erstangeklagte den Einsatz der Waffe zu verantworten habe, und einen vom Beschwerdeführer nicht zu vertretenden „Exzess“ des unbekannten Mittäters erwägt, übergeht die Feststellung des Erstgerichts, wonach die Ausführung der Tat durch die Mittäter in einem spontanen Einverständnis erfolgte (US 2, 11, 32 f).

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Zweitangeklagten:

Indem eine einzelne Passage der Aussage des Zeugen Michael K\*\*\*\*\* (ON 166 S 25) isoliert betrachtet wird, wird kein formaler Begründungsmangel im Sinn des § 281 Abs 1 Z 5 zweiter Fall StPO aufgezeigt, zumal sich das Erstgericht ausführlich auch mit Widersprüchlichkeiten in dessen Depositionen auseinander gesetzt hat. Die als „Aktenwidrigkeit“ vorgebrachte Kritik, die Vorsitzende des Schöffensenats habe diesem Zeugen einen unrichtigen Vorhalt betreffend den Zeitpunkt einer Lichtbildvorlage gemacht (ON 166 S 27), legt nicht dar, weshalb es sich hiebei um eine erhebliche, also für die Lösung der Schuld- oder Subsumtionsfrage bedeutende Tatsache handeln sollte.

Erhebliche Bedenken vermag der Beschwerdeführer gleichfalls nicht zu wecken, indem er auf das - vom Erstgericht ohnehin gewürdigte (US 18 ff und 21 ff) - Aussageverhalten der Zeugen Andrei S\*\*\*\*\* und Michael K\*\*\*\*\* sowie die Verantwortung des Erstangeklagten verweist, weil von ihm unter Berufung auf den Zweifelsgrundsatz bloß die Beweisergebnisse eigenständig bewertet werden. § 281 Abs 1 Z 5a StPO will als Tatsachenrüge jedoch nur geradezu unerträgliche Feststellungen zu entscheidenden Tatumständen und völlig lebensfremde Ergebnisse der Beweiswürdigung durch konkreten Hinweis auf aktenkundige Beweismittel bei gleichzeitiger Bedachtnahme auf die Gesamtheit der erstgerichtlichen Beweiswerterwägungen verhindern. Tatsachenrügen, die außerhalb solcher Sonderfälle auf die Überprüfung der Beweiswürdigung abzielen, beantwortet der Oberste Gerichtshof, um über den Umfang seiner Eingriffsbefugnisse kein Missverständnis entstehen zu lassen, ohne ausführliche eigene Erwägungen, weswegen ein Eingehen auf einzelne Argumente zu unterbleiben hat (RIS-Justiz RS0118780).

Soweit weiters („Z 9a in eventu Z 10“; inhaltlich Z 10) Feststellungen zu den Erfordernissen des § 278 StGB vermisst werden, wendet sich der Zweitangeklagte gegen ein nicht ergangenes Urteil, weil - wenn auch vom Erstgericht der Anklageschrift folgend im Tenor (US 3) unrichtig zitiert - es den Zweitangeklagten nicht wegen Begehung eines Raubes als Mitglied einer kriminellen Vereinigung (§ 143 erster Fall StGB), sondern wegen der Begehung einer solchen Tat unter Verwendung einer Waffe (§ 143 zweiter Fall StGB) schuldig erkannte. Zur Behauptung eines vom Beschwerdeführer nicht zu verantwortenden Exzesses des unbekannten Mittäters kann auf die Ausführungen zur Nichtigkeitsbeschwerde des Erstangeklagten verwiesen werden.

Die Nichtigkeitsbeschwerden waren daher - in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur § 24 StPO) - in nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO).

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerden überzeugte sich (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO) der Oberste Gerichtshof davon, dass dem Urteil eine nicht geltend gemachte, dem Angeklagten Timerlan H\*\*\*\*\* zum Nachteil gereichende Nichtigkeit in Betreff des Schuldspruchs III./ anhaftet.

Nichtigkeit des Urteils nach § 281 Abs 1 Z 10a StPO ist nicht nur dann gegeben, wenn die darin enthaltenen Feststellungen die Nichtanwendung der Diversion nicht zu tragen vermögen, sondern auch dann, wenn Ergebnisse der Hauptverhandlung auf einen Umstand hindeuten, der für die positive Beurteilung der diversionellen Voraussetzungen den Ausschlag gäbe, das Gericht hiezu aber keine Feststellungen getroffen hat (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 659).

Nach der Verantwortung des Erstangeklagten in der Hauptverhandlung (ON 166 S 4) und dem vorgetragenen Akteninhalt (ON 166 S 52) war indiziert, dass er die inkriminierten Suchtmittel ausschließlich für den eigenen Bedarf erworben und besessen hat (§ 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG; 13 Os 168/08t, ÖJZ EvBl-LS 2009/72, 425), womit

nahe lag, dass die Voraussetzungen für ein Vorgehen des Gerichts nach § 37 SMG gegeben waren, die unabhängig von der anderen, mit dem Suchtmittelgesetz nicht im Zusammenhang stehenden strafbaren Handlung sind (RIS-Justiz RS0113621; Schroll, WK-StPO § 203 Rz 34; Litzka/Matzka/Zeder, SMG2 § 35 Rz 15).

Das Erstgericht, das dennoch nicht nach § 37 SMG vorgegangen war, traf im Urteil keine ein solches diversionelles Vorgehen ausschließende Feststellung (etwa mangelnde Bereitschaft zu einer gesundheitsbezogenen Maßnahme), weswegen ein Feststellungsmangel vorliegt, der zur Aufhebung des Urteils im genannten Schuldspruch und demgemäß im Strafausspruch sowie im Adhäsionserkenntnis und dem Beschluss nach § 494a StPO führt (§§ 281 Abs 1 Z 10a, 288 Abs 2 erster Satz StPO).

Weil kein Feststellungsmangel in Betreff zugleich für die Schuld- oder Subsumtionsfrage entscheidender Tatsachen vorliegt und § 288 Abs 2 Z 2a StPO eine Rückverweisung ohne gleichzeitigen Auftrag, diversionell vorzugehen, nicht kennt, somit eine (bloß) kassatorische Entscheidung ausscheidet, ist der Oberste Gerichtshof selbst - zu Gunsten des Angeklagten auch in nicht öffentlicher Sitzung (vgl § 285e zweiter Satz StPO; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 661) - dazu berufen, die fehlenden Feststellungen nachzuholen (vgl hiezu RIS-Justiz RS0125350).

Demnach geht der Oberste Gerichtshof aufgrund der unwiderlegten Aussage des Erstangeklagten davon aus, dass dieser die in Rede stehenden Suchtmittel ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch erwarb und besaß.

Daher war die Sache mit dem Auftrag an das Erstgericht zu verweisen, in Betreff des dem kassierten Schuldspruch zugrunde liegenden Verhaltens nach § 37 SMG vorzugehen (sofern nicht die Staatsanwaltschaft eine Erklärung nach § 192 Abs 1 Z 1 StPO abgibt). Danach wird für die verbleibende strafbare Handlung die Strafe neu zu bemessen sein. Sollte eine diversionelle Erledigung scheitern (§ 35 Abs 6 SMG), wird neuerlich über den betreffenden Anklagevorwurf zu verhandeln und im Fall eines Schuldspruchs die Strafbemessung vorzunehmen sein (Ratz, WK-StPO § 288 Rz 18).

Mit seiner Berufung war der Erstangeklagte ebenso wie die Staatsanwaltschaft mit der diesen betreffenden Berufung und der Beschwerde auf das amtswegige Vorgehen zu verweisen.

In Betreff des Zweitangeklagten, dessen eigenes Schreiben (ON 176) unbeachtlich war, weil es gegen den von § 285 Abs 1 erster Satz StPO normierten Grundsatz der Einmaligkeit der Ausführung der Beschwerdegünde verstößt (RIS-Justiz RS0100152), folgt aus der Zurückweisung der Nichtigkeitsbeschwerde die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über seine Berufung und jene der Staatsanwaltschaft (§ 285i StPO).

Mit Blick auf § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO den Zweitangeklagten betreffend bleibt anzumerken, dass die dem Schuldspruch zu II./ (und III./) zugrunde liegenden Taten grundsätzlich ebenfalls den Diversionsbestimmungen unterliegen könnten. Bei diesem aber nahm das Erstgericht ersichtlich - ausgehend von der gewerbsmäßigen Tendenz, dem jenseits des Bagatellbereichs liegenden (US 15) Gewinn und dem längeren Tatzeitraum der an mehrere Abnehmer erfolgten Verkäufe - eine diversionellen Maßnahmen entgegenstehende schwere Schuld an.

Die Kostenersatzpflicht der Angeklagten beruht auf § 390a Abs 1 StPO. Sie erstreckt sich, was den Erstangeklagten betrifft, nicht auf das amtswegige Vorgehen.

### **Schlagworte**

Strafrecht

### **Textnummer**

E94471

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

ECLI:AT:OGH0002:2010:01100S00064.10M.0622.000

### **Im RIS seit**

13.08.2010

### **Zuletzt aktualisiert am**

13.08.2010

**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)