jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE OGH 2010/2/11 12Os121/09z

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.02.2010

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 11. Februar 2010 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Holzweber als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll, Dr. Schwab, Dr. T. Solé und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger als weitere Richter in Gegenwart der Rechtspraktikantin Mag. Jauk als Schriftführerin in der Strafsache gegen Sabine Sch***** wegen der Verbrechen nach § 28 Abs 2 erster Fall, Abs 3 erster Fall SMG aF und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung der Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 22. April 2009, GZ 10 Hv 17/08s-24, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit der Vertreterin der Generalprokuratur, Generalanwältin Dr. Sperker, und der Verteidigerin Dr. Lanschützer, jedoch in Abwesenheit der Angeklagten, zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, welches im Übrigen unberührt bleibt,

1./ in Ansehung des Schuldspruchs I./2./ ersatzlos,

2./ in der rechtlichen Unterstellung

a./ der vom Schuldspruch I./1./ erfassten Tat unter § 28 Abs 2 erster Fall, Abs 3 erster Fall SMG aF,

b./ der vom Schuldspruch II./ erfassten Taten unter § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall SMG aF als Beteiligte nach § 12 dritter Fall StGB und

c./ der vom Schuldspruch III./ erfassten Taten unter § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG aF, sowie

demzufolge auch im Strafausspruch, nicht aber im Umfang der Entscheidung nach§ 34 SMG aufgehoben und hinsichtlich der von den Schuldsprüchen I./1./, II./ und III./ erfassten Taten zu Recht erkannt:

Sabine Sch***** hat

1./ durch die im Schuldspruch I./1./ angeführte Tat das Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgift nach § 27 Abs 1 Z 1 dritter Fall, Abs 2 SMG,

2./ durch die im Schuldspruch II./ angeführten Taten die Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG, § 12 dritter Fall StGB und

3./ durch die im Schuldspruch III./ angeführten Taten die Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgift nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG begangen

und wird hiefür unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB nach § 28a Abs 1 SMG zu einer Freiheitsstrafe von acht Monaten verurteilt.

Gemäß § 43 Abs 1 StGB wird die Freiheitsstrafe unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachgesehen.

Mit ihrer Berufung wird die Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Der Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen, im zweiten Rechtsgang ergangenen Urteil wurde Sabine Sch***** der Verbrechen nach § 28 Abs 2 erster Fall, Abs 3 erster Fall (zu ergänzen:) SMG aF, teils als Beteiligte nach § 12 dritter Fall StGB (I./), weiters der Verbrechen nach § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall SMG aF als Beteiligte nach § 12 dritter Fall StGB (II./) und der Vergehen nach § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG aF (III./) schuldig erkannt.

Danach hat sie in Graz und anderen Orten den bestehenden Vorschriften zuwider

I./ Suchtgift in großen Mengen (§ 28 Abs 6 SMG aF) erzeugt, indem sie

1./ im Sommer des Jahres 2006 eine Cannabispflanze anpflanzte, bis zur Erntereife kultivierte und daraus eine unbekannte Menge Cannabiskraut für den Eigenbedarf erntete,

2./ im Zeitraum von Herbst 2005 bis 18. Jänner 2007 in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Beitragshandlungen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, zur gewerbsmäßigen Erzeugung von Suchtgift durch die unmittelbaren Täter Stefan und Franz S***** bzw durch deren Angestellte dadurch beitrug, dass sie zumindest 800 Stück Cannabispflanzen, die in der Folge im Geschäft „P*****" verkauft wurden, kultivierte und bis zur Blüte betreute,

II./ im Zeitraum von Herbst 2005 bis 18. Jänner 2007 in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Beitragshandlungen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, durch die unter Punkt I./2./ geschilderten Handlungen zur Inverkehrsetzung einer (mehr als - US 7) großen Menge an Suchtgift (nämlich von mindestens 800 Stück blühenden [US 6 f] Cannabispflanzen, die bei einem festgestellten Reinheitsgehalt von 2,48 [+/- 0,15]% zumindest [richtig:] 372,80 Gramm Delta-9-THC Reinsubstanz enthielten [US 7 iVm ON 22]) durch die unmittelbaren Täter Stefan und Franz S***** bzw durch deren Angestellte beigetragen;

III./ Suchtgift erworben und besessen, indem sie im Zeitraum von 1997 bis 8. März 2007 unbekannte Mengen an Cannabisprodukten erwarb und konsumierte sowie ca 15 Gramm Cannabiskraut bis zur Sicherstellung am 8. März 2007 besaß.

Rechtliche Beurteilung

Dagegen richtet sich die aus den Gründen der Z 5 und 9 lit b des§ 281 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten, der keine Berechtigung zukommt.

Aus deren Anlass hat sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon überzeugt, dass dem Urteil in mehrfacher Hinsicht von der Nichtigkeitswerberin nicht geltend gemachte, ihr jedoch zum Nachteil gereichende, nach § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO von Amts wegen wahrzunehmende Nichtigkeit anhaftet.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten:

Die Mängelrüge (Z 5, der Sache nach Z 9 lit a) vermisst Feststellungen darüber, dass im Wege des „legalen öffentlichen Geschäfts P*****" Cannabispflanzen einer Verwertung als Suchtgift zugeführt wurden, übergeht jedoch der Verfahrensordnung zuwider (RIS-Justiz RS0099810) die Konstatierung, wonach „der Angeklagten bewusst war, dass die Aufzucht von Cannabispflanzen bis zur Blüte für ihre Arbeitgeber ausschließlich (zu ergänzen: den) Zweck hatte, die Pflanzen im Geschäft „P*****" an Abnehmer zu verkaufen, die daraus Suchtgift in Form von Cannabiskraut gewannen, was sie bei ihren Beitragshandlungen zur Aufzucht der Setzlinge bis zur Blühreife auch billigend in Kauf nahm" (US 9).

Die auf das Vorliegen eines Rechtsirrtums abzielende Rechtsrüge (Z 9 lit b) negiert die Feststellung, die Angeklagte habe damit gerechnet, „dass die Erzeugung und der Verkauf von blühenden Cannabispflanzen gegen strafgerichtliche Bestimmungen verstößt" (US 9), und die Urteilsannahme, dass sie sich - entgegen ihrer als Schutzbehauptung

qualifizierten, auf das Vorliegen eines Rechtsirrtums abstellenden Verantwortung - sehr wohl des Unrechts ihrer Handlungen bewusst war (US 10).

Ebenfalls unter diesem Nichtigkeitsgrund (der Sache nach Z 10a) fordert die Beschwerdeführerin ein Vorgehen nach § 35 Abs 3 Z 4 (gemeint wohl: Abs 2) iVm § 37 SMG, übergeht jedoch die festgestellten - und insoweit nicht bekämpften - in die Zuständigkeit des Schöffengerichts fallenden Straftaten. Des Weiteren sei auf die abschließenden Ausführungen zur amtswegigen Maßnahme nach § 290 Abs 1 StPO verwiesen, wonach auch bei rechtsrichtiger Subsumtion ein diversionelles Vorgehen nicht indiziert ist.

Entgegen der Anregung der Verteidigung im Gerichtstag sah sich der Oberste Gerichtshof zur Einleitung eines Normprüfungsverfahrens gemäß Art 89 Abs 2 iVm Art 140 Abs 1 B-VG nicht veranlasst.

Die Nichtigkeitsbeschwerde der Angeklagten war daher - in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur - zu verwerfen.

Zur Maßnahme nach § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO:

Verfehlt ist die - ersichtlich aus der Anklage übernommene - Subsumtion des zu Schuldspruchpunkt II./ konstatierten, von der Angeklagten im Wege des Kultivierens und der Betreuung von zumindest 800 Cannabispflanzen bis zur Blüte geleisteten, als gewerbsmäßig qualifizierten Tatbeitrags zum Inverkehrsetzen einer großen Menge an Suchtgift durch die unmittelbaren Täter Stefan und Franz S***** bzw durch deren Angestellte im Geschäft „P*****" unter § 28 Abs 2 vierter Fall und Abs 3 erster Fall SMG aF als Beteiligte nach § 12 dritter Fall StGB, ist doch die am 1. Jänner 2008 in Kraft getretene Regelung des § 28a SMG schon deshalb als günstiger iSd §§ 1, 61 StGB anzusehen, weil die höhere Strafdrohung des § 28a Abs 2 Z 1 SMG bei Gewerbsmäßigkeit (anders als nach § 28 Abs 3 SMG aF) nun an die zusätzliche Voraussetzung geknüpft ist, dass der Täter schon einmal wegen einer Straftat „nach Abs 1" verurteilt worden ist. Ein Schuldspruch wegen Tatbeitrags zum vorsätzlichen vorschriftswidrigen Überlassen von Suchtgift in einer die Grenzmenge nach § 28b SMG übersteigenden Menge in der Qualifikation der Gewerbsmäßigkeit scheidet aber bei der unbescholtenen Angeklagten mangels einschlägiger Vorstrafe iSd § 28a Abs 2 Z 1 SMG aus. Durch die festgestellte, mit entsprechendem Vorsatz erfolgte kontinuierliche Aufzucht der Cannabispflanzen bis zur Blühreife leistete die Angeklagte einen Tatbeitrag zum Überlassen der in den blühenden Pflanzen enthaltenen THC-Menge von zumindest 372,8 Gramm, sohin großer Suchtgiftmengen, durch Veräußerung seitens der Hanfshopbetreiber und ihrer Angestellten (in diesem Sinne auch 11 Os 179/08w). Dies ungeachtet der erst von den Endabnehmern vorgenommenen Suchtgifterzeugung (vgl hiezu eingehend 14 Os 94/08t), zumal bereits die nach den Urteilsfeststellungen vorhandenen Blüten der Cannabispflanzen, denen das Harz (Cannabis) noch nicht entzogen wurde, als Suchtgift gelten (Fabrizy, Suchtmittelrecht4 § 2 Rz 7; vgl auch RIS-JustizRS0087871); der zum Zeitpunkt des Überlassens fehlenden Gewinnung der in den Pflanzen bereits enthaltenen großen Suchtgiftmengen oder einer ihr unmittelbar vorangehenden Handlung kommt daher für eine Beurteilung nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG keine Bedeutung zu. Die zu Schuldspruchpunkt II./ festgestellten Tathandlungen verwirklichen somit die Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG iVm § 12 dritter Fall StGB.

Bleibt anzumerken, dass die Anwendung der erst mit der SMG-Novelle 2007 eingeführten Qualifikation der Überschreitung des 15-fachen der Grenzmenge nach § 28a Abs 2 Z 3 SMG und damit der darauf basierenden, gegenüber dem Grunddelikt des vor Inkrafttreten des § 28a Abs 1 SMG in Geltung gewesenen § 28 Abs 2 SMG aF höheren Strafdrohung auf das hier zu beurteilende, vor Inkrafttreten dieser neuen Bestimmung gesetzte Tatverhalten dem verfassungsgesetzlich vorgegebenen (Art 7 Abs 1 MRK) Rückwirkungsverbot des § 1 Abs 1 StGB widerspräche (12 Os 83/08k [12 Os 107/08i]; 14 Os 155/08p; 14 Os 57/09b).

Zum Schuldspruch I./2./ ist festzuhalten, dass nach ständiger Rechtsprechung zur Rechtslage vor dem 1. Jänner 2008 das Erzeugen von Suchtgift als Oberbegriff für dessen Herstellung und Gewinnung bereits beim Anbau suchtgifthältiger Cannabispflanzen einsetzte, damit (solcherart bereits ausführungsspezifisch) jeden Akt der Aufzucht bis zur Erntereife umfasste und demgemäß bis zu deren Erreichen in entsprechend qualifiziertem Umfang - die subjektiven Tatbestandserfordernisse vorausgesetzt - § 28 Abs 2 erster Fall SMG aF (im Versuchsstadium) zu unterstellen war (RIS-Justiz RS0108972). Nunmehr wurde durch § 27 Abs 1 Z 2 SMG bzw § 28 Abs 1 zweiter Satz SMG der Anbau (auch) von Cannabispflanzen zum Zweck der Suchtgiftgewinnung gesondert unter Strafe gestellt. Gilt nämlich als „Anbau" etwa das „Aussetzen", „Anpflanzen", „Aufziehen", „Züchten" oder das „Kultivieren" von Suchtgiftpflanzen, aus denen erst nach Erlangung der Erntereife Suchtgift gewonnen werden kann, bedarf es zur

Beurteilung des Tatgeschehens als (versuchte) Erzeugung iSd § 28a Abs 1 erster Fall SMG nunmehr einer im Hinblick auf die „Gewinnung" von Suchtgift ausführungsnahen, im Fall von Cannabispflanzen also einer nach den Vorstellungen des Täters der Trennung der Cannabisblüten und des Cannabisharzes von Blättern und Stängeln, mit anderen Worten dem Abschneiden der Pflanze unmittelbar vorangehenden Handlung (RIS-Justiz RS0124029).

Solche - auch nur ausführungsnahe - Gewinnungshandlungen wurden nach den Urteilsannahmen von Franz und Stefan S***** sowie deren Angestellten, die die blühenden Cannabispflanzen an Abnehmer verkauften, nicht gesetzt. Der Schuldspruch der Angeklagten wegen Tatbeitrages zur Erzeugung von Suchtgift durch die Betreiber des Hanfshops und dort angestellte Verkäufer ist daher verfehlt.

Hinsichtlich der festgestellten Aufzuchtshandlungen der Angeklagten scheidet auch eine Verurteilung wegen des Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach § 28 Abs 1 zweiter Satz SMG als Beitragstäterin nach § 12 dritter Fall StGB aus. § 28 Abs 1 SMG pönalisiert nämlich Tathandlungen im Vorfeld des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a SMG (Fabrizy, Suchtmittelrecht § 28 Rz 6). Die genannte Bestimmung tritt zufolge sich bereits aus der Systematik des Gesetzes ergebender stillschweigender Subsidiarität gegenüber dem durch das Überlassen der blühenden Cannabispflanzen an zur Gewinnung von Suchtgift bereite Verkäufer verwirklichten (11 Os 179/08w) Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG zurück.

Dem Schuldspruchpunkt I./2./ haftet somit Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO an.

Durch das zu Schuldspruch I./1./ festgestellte Anpflanzen und Kultivieren einer letztlich auch abgeernteten Cannabispflanze im Sommer 2006 und der damit verwirklichten Erzeugung einer unbekannten Menge Cannabis für den Eigenbedarf wird lediglich das Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 2 SMG iVm Abs 1 Z 1 dritter Fall leg cit verwirklicht.

Angesichts der in § 27 Abs 2 SMG vorgesehenen (mit § 27 Abs 1 SMG aF identen) Strafdrohung im Zusammenhalt mit der nunmehr gegenüber der Rechtslage vor Inkrafttreten der SMG-Novelle 2007 wesentlich weitergehenden Diversionsmöglichkeit nach § 35 Abs 1 und Abs 2 SMG ist nach § 48 SMG iVm § 61 StGB der zu III./ festgestellten Erwerb und Besitz unbekannter Cannabismengen bis zum (alleinigen) Konsum durch die Angeklagte (US 5 iVm 3) der für sie günstigeren Bestimmung des § 27 Abs 2 iVm Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall SMG zu unterstellen (RIS-Justiz RS0124177). Zwecks rechtsrichtiger Subsumtion war daher neuerlich der Nichtigkeitsgrund der Z 10 des § 281 Abs 1 StPO von Amts wegen wahrzunehmen.

Obwohl auch der nunmehr in die Kompetenz des Einzelrichters des Landesgerichts fallende Grundtatbestand des § 28a Abs 1 SMG im Falle einer Gewöhnung den Diversionsbedingungen des § 35 Abs 2 SMG unterliegt und es an Feststellungen zum Vorliegen einer von § 35 Abs 2 SMG vorausgesetzten, in diesem Fall durch langjährigen Konsum von Cannabisprodukten auch indizierten Gewöhnung der Angeklagten an Suchtmittel mangelt, kann fallbezogen eine Untersuchung, ob sachverhaltsmäßige Anhaltspunkte vorliegen, welche die Annahme der Diversionsvoraussetzungen nach § 37 SMG iVm § 35 Abs 2 SMG möglich erscheinen lassen, unterbleiben. Die Mitwirkung an der Kultivierung von Cannabispflanzen über einen mehr als ein Jahr währenden Zeitraum, wobei innerhalb von nur zwei Monaten zumindest 800 Cannabispflanzen bis zur Blüte gezogen und verkauft wurden, sowie die Tatbegehung mit dem festgestellten Vorsatz, sich eine fortlaufende Einnahmequelle zu verschaffen, indizieren nämlich eine der Anwendung diversioneller Maßnahmen entgegenstehende schwere Schuld (12 Os 102/08d).

Demnach war das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt zu bleiben hatte, aus Anlass der erhobenen Nichtigkeitsbeschwerde (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall) in Ansehung des Schuldspruchs I./2./ ersatzlos, ferner in der rechtlichen Unterstellung der vom Schuldspruch I./1./ erfassten Tat unter § 28 Abs 2 erster Fall, Abs 3 erster Fall SMG aF, der vom Schuldspruch II./ erfassten Taten unter § 28 Abs 2 vierter Fall, Abs 3 erster Fall SMG aF als Beteiligte nach § 12 dritter Fall StGB und der vom Schuldspruch III./ erfassten Taten unter § 27 Abs 1 erster und zweiter Fall SMG aF sowie im Strafausspruch aufzuheben und in diesem Umfang gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO in der Sache selbst spruchgemäß zu erkennen.

Bei der damit erforderlichen Strafneubemessung waren erschwerend das Zusammentreffen von Verbrechen mit Vergehen und der lange Deliktszeitraum, mildernd hingegen die bisherige Vorstrafenfreiheit, die teilweise geständige Verantwortung sowie die untergeordnete Beteiligung zum Verbrechen des Suchtgifthandels unter Einwirkung des Stefan S*****.

Unter Abwägung dieser Strafzumessungsgründe erachtet der Oberste Gerichtshof eine Freiheitsstrafe von acht Monaten als tat- und tätergerecht. Schon angesichts des Verschlechterungsverbots war diese Sanktion bedingt nachzusehen.

Mit ihrer Berufung war die Angeklagte auf die Strafneubemessung zu verweisen.

Die Kostenersatzpflicht der Angeklagten, die das Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde, aber nicht auch das amtswegige Vorgehen betrifft, gründet sich auf § 390a Abs 1 StPO.

Textnummer

E93330

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:0120OS00121.09Z.0211.000

Im RIS seit

30.04.2010

Zuletzt aktualisiert am

20.10.2011

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