

TE OGH 2019/4/9 140s26/19h

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 09.04.2019

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 9. April 2019 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Danek als Vorsitzenden, die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Nordmeyer sowie die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Mann und Dr. Setz-Hummel in Gegenwart des Richteramtswärters Mag. Binder als Schriftführer in der Strafsache gegen Hamid R***** und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 4 Z 3 SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten Sher K***** sowie die Berufungen des Angeklagten Hamid R***** und der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Wiener Neustadt als Schöffengericht vom 22. Oktober 2018, GZ 42 Hv 99/18d-122, und weiters über die Beschwerden des Angeklagten K***** und der Staatsanwaltschaft gegen den gemeinsam mit dem Urteil gefassten Beschluss auf Absehen vom Widerruf bedingter Strafnachsicht und Verlängerung der diesbezüglichen Probezeit nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufungen und die Beschwerden werden die Akten dem Oberlandesgericht Wien zugeleitet.

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

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden – soweit hier relevant – Hamid R***** („zu I/A/1 und 2“) und Sher K***** („zu I/A/1 und 3 und I/B“) jeweils „des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 zweiter, dritter und fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG“, § 12 zweiter Fall StGB sowie „des Verbrechens der Vorbereitung ... des Suchtgifthandels nach § 28 Abs 1 erster, zweiter und dritter Fall SMG“ (R***** zu II/1 und 2, K***** zu II/1 und 3) schuldig erkannt.

Danach haben in W***** und an anderen Orten Österreichs

(I/A) von August 2016 bis Juni 2017 „den abgesondert verfolgten Ivo L***** dazu bestimmt, die abgesondert verfolgte Michaela M***** dazu zu bestimmen“, vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich Cannabiskraut mit einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von 9 % Delta-9-THC „aus der Tschechischen Republik auszuführen, nach Österreich einzuführen und Hamid R***** und Sher K***** zu überlassen“, und zwar

1) R***** und K***** im einverständlichen Zusammenwirken in Bezug auf zumindest 6.000 Gramm brutto anlässlich von vier Schmuggelfahrten;

2) R***** alleine in Bezug auf zumindest 6.000 Gramm brutto anlässlich von vier Schmuggelfahrten;

3) K***** alleine in Bezug auf zumindest 5.000 Gramm brutto anlässlich dreier Schmuggelfahrten;

(I/B) K***** alleine vor dem 26. Februar 2018 vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich 1.142,8 Gramm Cannabiskraut mit einem Reinheitsgehalt von 4 % Delta-9-THC dem Mitangeklagten Masud S***** überlassen, „wobei sie die Straftat nach § 28a Abs 1 SMG in Bezug auf Suchtgift in einer das 25-fache der Grenzmenge übersteigenden Menge begingen“;

(II) vorschriftswidrig Suchtgift mit dem Vorsatz erworben, besessen und (teilweise) befördert, dass es in Verkehr gesetzt werde, und zwar

1) R***** und K***** im einverständlichen Zusammenwirken das zu I/A/1 angeführte Cannabiskraut;

2) R***** alleine das zu I/A/2 angeführte Cannabiskraut;

3) K***** alleine das zu I/A/3 angeführte Cannabiskraut,

„wobei sie die Straftat nach § 28 Abs 1 StGB in Bezug auf Suchtgift in einer das Fünzfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge begingen“.

Rechtliche Beurteilung

Der dagegen aus § 281 Abs 1 Z 5, „9“ und 10 StPO ergriffenen Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten K***** kommt keine Berechtigung zu.

Mit der Kritik am konstatierten Tatzeitraum zu I/A/1 und 3 spricht die Beschwerde (Z 5 vierter Fall) keine entscheidende Tatsache an (vgl dazu RIS-Justiz RS0098557). Nur eine solche kommt aber als Gegenstand einer Mängelrüge in Betracht (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 398 und 406).

Gleiches gilt für den zu I/A erhobenen Vorwurf offenbar unzureichender Begründung der Feststellungen, nach denen vier Lieferungen „für Erst- und Zweitangeklagten gemeinsam bestimmt waren“, weil es für die vorgenommene Subsumtion alleine darauf ankommt, wer die unmittelbare Täterin (hier: mittelbar über Ivo L*****) zur Ausführung der strafbaren Handlungen veranlasste (I/A) und wer das geschmuggelte Cannabisharz – mit dem von § 28 SMG geforderten erweiterten Vorsatz – letztlich tatsächlich erwarb, besaß und beförderte (II).

Die darauf bezogenen Konstatierungen zu einem einverständlichen Zusammenwirken der Angeklagten R***** und K***** in vier Fällen (I/A/1 und II/1) und einer Alleintäterschaft des Beschwerdeführers in drei weiteren (I/A/3 und II/3) hat das Erstgericht im Übrigen – den Kriterien logischen Denkens und grundlegenden Erfahrungssätzen entsprechend (RIS-Justiz RS0118317) – aus den (in der Rüge nur auszugsweise wiedergegebenen und eigenständig interpretierten) Angaben der unmittelbaren Täterin M***** (US 10 ff iVm ON 31 S 21 ff; ON 121 S 32 ff), der Kommunikation zwischen dieser und beiden Angeklagten über Facebook und Facebook-Messenger, der Aussage der Zeugin Lubomira V***** und Informationen „der Vertrauensperson“ abgeleitet (US 10 ff).

Mit dem gleichfalls auf Z 5 vierter Fall gestützten Einwand gegen die Urteilsannahmen zur jeweils ein- und ausgeführten Menge an Cannabiskraut nimmt die Beschwerde nicht Maß an der Gesamtheit der Entscheidungsgründe und verfehlt solcherart den Bezugspunkt der Mängelrüge (RIS-Justiz RS0119370).

Entgegen dem Beschwerdestandpunkt haben die Tatrichter diese Feststellungen nämlich nicht nur auf Schätzungen der Zeugin M***** gestützt, sondern auch aus deren Aussage, wonach sie von L***** jeweils über den Inhalt der von ihr nach Österreich transportierten Taschen informiert worden war, sowie aus der Internetkommunikation zwischen der unmittelbaren Täterin und dem Beschwerdeführer abgeleitet, aus der hervorging, dass anlässlich einer von Letzterem alleine in Auftrag gegebenen Schmuggelfahrt (I/A/3) 2.400 Gramm Cannabiskraut aus der Tschechischen Republik aus- und nach Österreich eingeführt wurden (US 12). Diese Erwägungen sind unter dem Aspekt der Begründungstauglichkeit nicht zu beanstanden.

Inwiefern die kritisierten Urteilsannahmen oder die diesen zugrunde liegende Beweiswürdigung „in sich undeutlich“ sein sollten, legt die Rüge nicht dar.

Das Verwandtschaftsverhältnis zwischen den Angeklagten S***** und R***** und die Sicherstellung eines Teils des

vom Schuldspruch I/B umfassten Cannabiskrauts sowie eines Teils des Erlöses aus dem Verkauf der Restmenge an deren gemeinsamem Wohnsitz hat das Erstgericht festgestellt (US 5, 8). Der Einwand von Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) zufolge Unterbleibens einer Erörterung entsprechender Angaben des Erstgenannten geht daher schon deshalb ins Leere.

Davon abgesehen stehen die angeführten Umstände den insoweit entscheidenden Feststellungen zur dem Beschwerdeführer angelasteten Überlassung von 1.142,8 Gramm Cannabiskraut an den Angeklagten S***** (I/B) ebenso wenig entgegen wie dessen gleichfalls als übergeben reklamierte Bekundungen zu den hinsichtlich Aufbewahrung und Aufteilung des Verkaufserlöses (nicht) getroffenen Vereinbarungen zwischen ihm und dem Angeklagten K*****. Die weiters behaupteten Divergenzen innerhalb der Depositionen des Genannten „zum Verhältnis Erst- und Zweitangeklagter“ (R***** und K*****) betreffen keine entscheidenden Tatsachen. Zu einer gesonderten Auseinandersetzung mit diesen Aussagedetails bestand daher – auch in Zusammenhang mit der Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Angeklagten S***** (vgl dazu RIS-Justiz RS0119422) – unter dem Aspekt der Z 5 zweiter Fall keine Verpflichtung.

Subjektive Einschätzungen der „Ermittlungsbehörde“ stellen hinwieder gar kein erörterungspflichtiges Beweisergebnis dar (RIS-Justiz RS0097540).

Aus welchem Grund es trotz der Feststellungen zu den – teils im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Angeklagten R***** (I/A/1), teils alleine (I/A/3) erfolgten – Bestimmungshandlungen (§ 12 zweiter Fall StGB) des Beschwerdeführers zur Subsumtion nach § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 4 Z 3 SMG weiterer Urteilsannahmen „zum tatsächlichen Gewahrsam oder gegebenenfalls Mitgewahrsam von Erst- und Zweitangeklagtem während des Beförderungsvorgangs“ oder „zum Zeitpunkt des Grenzübertritts“ bedurft hätte, erklärt die Rechtsrüge (Z 9 lit a) nicht (RIS-Justiz RS0116565).

Soweit sie die Ansicht vertritt, die Zusammenschau der Beweise lege nahe, dass die Schmuggelfahrten alleine im Auftrag des Angeklagten R***** durchgeführt wurden und der Beschwerdeführer „nur temporär als sein Begleiter auftrat“, orientiert sie sich nicht am festgestellten Sachverhalt und verfehlt solcherart den Bezugspunkt materieller Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0099810).

Der Verweis auf die – mit dem konstatierten Tatgeschehen in keinem Zusammenhang stehende – höchstgerichtliche Rechtsprechung zum „bloßen Mitfahren bei einem Schmuggeltransport“ (RIS-Justiz RS0088167) ist unverständlich.

Zum Schuldspruch I/B wird mit der Berufung auf eine – gleichfalls einen anderen Sachverhalt betreffende – Entscheidung des Obersten Gerichtshofs (14 Os 123/07f) nicht dargelegt, weshalb die festgestellte Übergabe von Cannabisharz an den Angeklagten S***** zum Zweck des Weiterverkaufs durch diesen nur deshalb nicht als – für die Subsumtion nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG erforderliche (RIS-Justiz RS0112911) – Überlassung in den (Allein-)

Gewahrsam des Genannten zu beurteilen sein sollte, weil es der Beschwerdeführer war, der die späteren Suchtgiftabnehmer in die – von den Angeklagten S***** und R***** benützte – Wohnung brachte, in der Ersterer die Drogen aufbewahrte und die Verkaufsgeschäfte sodann abwickelte (US 8).

Die Subsumtionsrüge (Z 10) führt zwar zutreffend aus, dass das Vergehen der Vorbereitung von Suchtgifthandel (§ 28 Abs 1 SMG) vom Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG verdrängt wird, sobald Letzteres wenigstens ins Versuchsstadium (§ 15 StGB) tritt, weil § 28 Abs 1 SMG im Verhältnis zur Suchtgiftüberlassung (§ 28a Abs 1 fünfter Fall SMG) ein Vorbereitungsdelikt im technischen Sinn darstellt, die eine Tat sich also in der Vorbereitung der anderen erschöpft (Ratz in WK² StGB Vorbem zu §§ 28 bis 31 Rz 44), womit insoweit vom Scheinkonkurrenztypus der stillschweigenden Subsidiarität auszugehen ist (

RIS-Justiz RS0113820 [va T7]). Sie lässt aber außer Acht, dass der hier aktuelle – mit erweitertem Vorsatz des § 28 SMG erfolgte – Besitz des Cannabiskrauts (II/1 und 3) nicht der Vorbereitung des von den Schuldsprüchen I/A/1 und 3 umfassten – im Übrigen rechtlich verfehlt angenommenen (vgl dazu gleich unten) – Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (durch Bestimmung der unmittelbaren Täterin zur Überlassung des geschmuggelten Suchtgifts an die Bestimmungstäter selbst) diene, letzterer vielmehr zeitlich davor stattfand.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher bereits bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über die Berufungen und die Beschwerden folgt (§§ 285i, 498 Abs 3 letzter Satz StPO).

Bleibt mit Blick auf § 290 StPO anzumerken:

1. § 28a Abs 4 Z 3 SMG normiert eine besondere Art von Zusammenrechnungsgrundsatz (vergleichbar § 29 StGB). Zu einer Subsumtionseinheit nach dieser Gesetzesstelle lassen sich aber nur gleichartige Verbrechen zusammenfassen, also solche des selben Tatbilds. § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall SMG einerseits und § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG sind dagegen als kumulatives Mischdelikt aufzufassen (RIS-Justiz RS0111410 [va T8]).

Die vom Erstgericht beim Angeklagten R***** „zu I/A/1 und 2“ und beim Angeklagten K***** „zu I/A/1 und 3 und I/B“ vorgenommene verfehlte Zusammenfassung der dort angeführten Taten bringt daher in Wahrheit Schuldsprüche wegen je eines Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 4 Z 3 SMG und des – zu I/A jeweils tateinheitlich begangenen – Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall, § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG zum Ausdruck (15 Os 136/13h; RIS-Justiz RS0117464, RS0116676 [T8, T9, T10] sowie 12 Os 21/17f [verstärkter Senat], EvBl 2018/13, 83 [zu den Konsequenzen der Wortfolge „übersteigende Menge“ für die Tatbildverwirklichung nach § 28a Abs 1 SMG durch sukzessiv begangene Taten]).

2. Die rechtliche Beurteilung des von den Schuldsprüchen I/A umfassten Täterverhaltens auch nach § 12 zweiter Fall, § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG erweist sich allerdings als verfehlt.

Nach ständiger Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs besteht zwar sowohl zwischen § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall SMG und § 28 Abs 1 erster und zweiter (sowie auch dritter) Fall SMG als auch zwischen § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall SMG und § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG in Beziehung auf dasselbe Suchtgift echte Konkurrenz (RIS-Justiz RS0111410, RS0118871).

Wer eine die Grenzmenge (§ 28b SMG) um mehr als das Fünfundzwanzigfache übersteigende Menge Suchtgift aus- und einführt und in der Folge einem anderen überlässt, hat demnach – ebenso wie derjenige, der den unmittelbaren Täter zu diesen strafbaren Handlungen bestimmt oder dazu beiträgt – nicht nur die Aus- und Einfuhr nach § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 4 Z 3 SMG, sondern zusätzlich auch das Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (der Bestimmungs- oder Beitragstäter auch nach § 12 zweiter oder dritter Fall StGB) zu verantworten.

Wird der unmittelbare Täter aber – wie hier – zur Aus- und Einfuhr sowie zur nachfolgenden Überlassung des geschmuggelten Suchtgifts an den Bestimmungstäter selbst veranlasst und erwirbt, besitzt oder befördert Letzterer die geschmuggelten Drogen sodann mit auf Inverkehrsetzung gerichtetem Vorsatz tatsächlich, begründet dieses Verhalten des Bestimmungstäters neben dem Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 4 Z 3 SMG zwar auch jenes der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach § 28 Abs 1 erster, zweiter oder dritter Fall, Abs 2 SMG, nicht jedoch – wie das Erstgericht rechtsirrig annahm – zusätzlich das Verbrechen nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG. Denn ein „Überlassen“ im Sinn dieser Gesetzesstelle setzt die Weitergabe an einen „anderen“, also eine vom (hier: Bestimmungs-)Täter verschiedene – vom Schutz der Norm unmittelbar erfasste – Person voraus (vgl. RIS-Justiz RS0118879; Matzka/Zeder/Rüdissler, SMG³ § 28 Rz 11; Schwaighofer in WK² SMG § 27 Rz 12 mwN, § 28 Rz 28; vgl. auch

RIS-Justiz RS0120331 [T6]; Fabrizy in WK² StGB § 12 Rz 39).

Die inkriminierte Bestimmung zur Ein- und Ausfuhr sowie zur Überlassung von Suchtgift erfolgte nach den Urteilsannahmen – sowohl in Ansehung des Beschwerdeführers als auch des Angeklagten R***** – tateinheitlich. Solcherart liegt (bloß) ein Subsumtionsfehler (Z 10) vor. Dieser blieb allerdings (zufolge Verwirklichung der Qualifikation nach § 28a Abs 4 Z 3 SMG alleine durch die Bestimmung zum Suchtgiftschmuggel) ohne Einfluss auf den Strafrahmen, der Erschwerungsgrund des § 33 Abs 1 Z 1 StGB wurde vom Erstgericht – schon wegen des von den Schuldsprüchen I/B und II/1 und 3 (K*****) sowie II/1 und 2 (R*****) umfassten Täterverhaltens – zu Recht angenommen.

Ein Nachteil im Sinn des § 290 Abs 1 StPO war daher nicht auszumachen, sodass kein Anlass für eine amtswegige Maßnahme bestand (§ 290 Abs 1 StPO).

Das Oberlandesgericht ist bei der Entscheidung über die Berufungen angesichts dieser

Klarstellung nicht an die fehlerhafte Subsumtion

gebunden (RIS-Justiz RS0118870; Ratz, WK-StPO §

290 Rz 27/1).

3. Bleibt weiters anzumerken, dass das Erstgericht die Angeklagten K***** und R***** – trotz Konstatierungen zu einer die Grenzmenge um mehr als das Fünfzehnfache übersteigenden Suchtgiftquantität (US 3, 7 ff) – (nur) des (richtig:) Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach § 28 Abs 1 erster, zweiter und dritter Fall SMG schuldig erkannte (US 3, 16). In der unrichtigen Bezeichnung der strafbaren Handlung als „Verbrechen“ liegt schon deshalb kein Nachteil im Sinn des § 290 StPO, weil solcherart keine Nichtigkeit begründet wird (RIS-JustizRS0089896; Ratz, WK-StPO § 290 Rz 27). Dass das Erstgericht beim Angeklagten R***** – demnach irrig – „das Zusammentreffen von zwei Verbrechen“ aggravierend wertete (US 16), betrifft bloß das Gewicht des – nach dem Vorgesagten zu Recht angenommenen – Erschwerungsgrundes nach § 33 Abs 1 Z 1 StGB (vgl 17 Os 12/18w mwN; RIS-Justiz RS0116878 [T2]).

Die Kostenentscheidung gründet auf § 390a Abs 1 StPO.

Textnummer

E124735

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2019:0140OS00026.19H.0409.000

Im RIS seit

25.04.2019

Zuletzt aktualisiert am

21.01.2022

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