

# TE OGH 2020/3/4 15Os10/20i

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 04.03.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 4. März 2020 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher als Vorsitzenden, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Mag. Lendl sowie die Hofräatinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski, Mag. Fürnkranz und Dr. Mann in Gegenwart des Schriftführers Dr. Schöll in der Strafsache gegen Samir K\*\*\*\*\* und einen weiteren Angeklagten wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten K\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichts Linz als Schöffengericht vom 11. Oktober 2019, GZ 27 Hv 53/19z-88, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in den Schultersprüchen I./B./ und I./C./ des Angeklagten Samir K\*\*\*\*\*, in der rechtlichen Unterstellung der dem Schuld spruch I./A./ des Angeklagten Aliu C\*\*\*\*\* zugrunde liegenden Taten nach § 28a Abs 4 Z 3 SMG, demzufolge in den beiden Angeklagten betreffenden Strafaussprüchen (einschließlich des Angeklagten K\*\*\*\*\* betreffenden Konfiskationserkenntnisses und der Vorhaftanrechnung hinsichtlich des Angeklagten C\*\*\*\*\*), sowie im Einziehungserkenntnis betreffend „das sichergestellte Suchtgift“ aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Linz verwiesen.

Mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde und seiner Berufung wird der Angeklagte K\*\*\*\*\* auf die aufhebende Entscheidung verwiesen.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden Samir K\*\*\*\*\* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG, § 12 dritter Fall StGB (I./B./), der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (I./C./) sowie des Vergehens nach § 50 Abs 1 Z 2 WaffG (II./) und Aliu C\*\*\*\*\* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (I./A./) sowie der Vergehen der Fälschung besonders geschützter Urkunden nach §§ 223 Abs 2, 224 StGB (III./) schuldig erkannt.

Danach haben – soweit für das Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde von Relevanz – in L\*\*\*\*\* und andernorts

I./ vorschriftswidrig Suchtgift

A./ Aliu C\*\*\*\*\* in einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen, indem er Kokain, „aber auch Heroin [mit einem Reinheitsgehalt von 16,4 % Heroin, 4,97 %

Monoacetylmorphin und 1,26 % Acetylcodein bis 22,69 % Heroin, 0,4 % Monoacetylmorphin und 1,35 % Acetylcodein] sowie Cannabiskraut“ nachgenannten sowie unbekannten Abnehmern großteils durch gewinnbringenden Verkauf überließ, und zwar

1./ von April bis 18. Oktober 2018 Samir K\*\*\*\*\*, „dessen Wohnung er zum Teil auch als Bunker nutzte – allein im Zeitraum 10. Juni 2018 bis 23. Juni 2018 brachte er täglich ca 20 bis 30 Gramm Kokain und ca 10 bis 20 Gramm Heroin, sohin insgesamt 280 bis 420 Gramm Kokain und 140 bis 280 Gramm Heroin in die Wohnung des K\*\*\*\*\*, wo sie das Suchtgift gemeinsam verkaufsfertig verpackten –“ sowohl eine beträchtliche Menge des geschmuggelten Kokains (wöchentlich zumindest 10 Gramm, sohin insgesamt zumindest 300 Gramm zum Grammpreis von 50 Euro, aber auch eine größere Menge Heroin zum Weiterverkauf und im August 2018 in drei Teilverkäufen zu je 2 Gramm, insgesamt 6 Gramm Cannabiskraut zum Grammpreis von 10 Euro“;

2./ Adua B\*\*\*\*\* von August bis 18. Oktober 2018 einerseits in mehreren Übergaben „insgesamt ca 15 Gramm Kokain (mit einem Reinheitsgehalt von 17,31 % bis 44,8 % Kokain) und 5 Gramm Heroin (mit einem Reinheitsgehalt von 16,4 % Heroin, 4,97 % Monoacetylmorphin und 1,26 % Acetylcodein bis 20,45 % Heroin, 1,91 % Monoacetylmorphin und 1,3 % Acetylcodein) teils zum Grammpreis von 60 Euro, teils unentgeltlich für dessen Eigenkonsum sowie weitere 50 Gramm Kokain (mit einem Reinheitsgehalt von 17,31 % bis 44,8 % Kokain) und 50 Gramm Heroin (mit einem Reinheitsgehalt von 16,4 % Heroin, 4,97 % Monoacetylmorphin und 1,26 % Acetylcodein bis 20,45 % Heroin, 1,91 % Monoacetylmorphin und 1,3 % Acetylcodein) zum Grammpreis von je 60 Euro für den Weiterverkauf“;

3./ Abdou M\*\*\*\*\* wenige Tage vor dem 18. Oktober 2018 „1 Gramm Kokain um 50 Euro oder 60 Euro und am 18. Oktober 2018 5 Gramm Kokain (mit einem Reinheitsgehalt von 16,8 % Kokain) zum Preis von 150 Euro“;

4./ Elisangela O\*\*\*\*\* von Ende Mai bis Ende Oktober 2018 in Teilverkäufen „zumindest 100 Gramm Kokain (mit einem Reinheitsgehalt von zumeist 44,8 % Kokain)“;

5./ Billo Ba\*\*\*\*\* von Mitte Oktober bis Mitte November 2018 in Teilmengen insgesamt 6 Gramm Heroin als Gegenleistung für die Zurverfügungstellung dessen Wohnung und von Lebensmitteln sowie im Zeitraum Mitte November bis Anfang Dezember 2018 „insgesamt 5 Gramm Heroin in Teilverkäufen zum Grammpreis von 50 Euro“;

6./ einem Unbekannten von Juni bis Ende Oktober 2018 „in wiederholten wöchentlichen Teilverkäufen zu je 10 Gramm eine insgesamt unbekannte, jedoch erhebliche Menge Kokain“;

7./ „zahlreichen, bislang unbekannten Abnehmern insgesamt unbekannte Mengen Heroin, Kokain und Cannabiskraut“;

B./ K\*\*\*\*\* in einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen, „indem er im Zeitraum von zumindest Februar 2018 regelmäßig Kokain, das er bis April 2018 von einem nicht näher bekannten Schwarzafrikaner und sodann bis Oktober 2018 von Aliu C\*\*\*\*\* „zum Grammpreis von 50 Euro ankaufte, aber auch größere Mengen Heroin, wobei K\*\*\*\*\* seine Wohnung (...) dem C\*\*\*\*\* auch als Bunker zur Verfügung stellte und das gelieferte Suchtgift teils mit C\*\*\*\*\* in seiner Wohnung verkaufsfertig verpackte – allein im Zeitraum 10. Juni 2018 bis 23. Juni 2018 brachte C\*\*\*\*\* täglich ca 20 bis 30 Gramm Kokain und ca 10 bis 20 Gramm Heroin, sohin insgesamt 280 bis 420 Gramm Kokain und 140 bis 280 Gramm Heroin in die Wohnung – und in der Folge an nachgeführte, aber auch zahlreiche unbekannte Abnehmer gewinnbringend verkauft“, und zwar

1./ Azra K\*\*\*\*\* von Februar bis Mitte Juni 2018 in mehreren Teilverkäufen insgesamt 3 bis 4 Gramm Kokain zum Grammpreis von 80 Euro sowie seit Mai 2016 mehrmals geringe Mengen Kokain zum gemeinsamen Konsum;

2./ Oliver N\*\*\*\*\* und Elvir Ke\*\*\*\*\* von Februar bis zumindest Mitte Juni 2018 „in zahlreichen Verkäufen eine insgesamt unbekannte Menge Kokain zum Grammpreis von 80 Euro“;

3./ einem unbekannten Abnehmer „Peco“ von Februar bis zumindest 22. Juni 2018 „wiederholt eine insgesamt unbekannte Menge Heroin“;

4./ Katja F\*\*\*\*\* von Februar bis Mitte Juni 2018 „mehrmales eine insgesamt unbekannte Menge Kokain zum Grammpreis von 80 Euro“;

5./ Christian L\*\*\*\*\* von Mai bis Juli 2018 großteils öffentlich in acht Teilverkäufen zu je 2 Gramm „insgesamt 16 Gramm Cannabiskraut zum Grammpreis von 10 Euro“;

6./ Ernad S\*\*\*\*\* am 5. Oktober 2018 öffentlich 0,6 Gramm Heroin (mit einem Reinheitsgehalt von 22,69 % Heroin, 0,4 % Monoacetylmorphin sowie 1,35 % Acetylcodein) zu einem unbekannten Preis;

7./ Serkan U\*\*\*\*\* im Oktober 2018 öffentlich in zwei Teilverkäufen zu 1 Gramm und 0,5 Gramm insgesamt 1,5 Gramm Heroin zum Preis von 40 Euro;

8./ „zahlreichen, bislang unbekannten Abnehmern insgesamt unbekannte Mengen Heroin und Kokain, letzteres zum Grammpreis von 80 Euro“;

C./ K\*\*\*\*\* erworben und zum ausschließlichen Eigenkonsum besessen, indem er von zumindest Mai 2016 bis 11. Dezember 2018 regelmäßig „insgesamt unbekannte Mengen Cannabiskraut, aber auch wiederholt Speed, Kokain und Heroin erwarb und konsumierte, sowie am 20. Juni 2018 3,5 Gramm Cannabiskraut, am 19. Oktober 2018 ca 0,5 Gramm Tabak-Cannabiskraut-Gemisch und am 11. Dezember 2018 0,4 Gramm Kokain je bis zur Sicherstellung besaß“.

### **Rechtliche Beurteilung**

Gegen den Schulterspruch I./B./ sowie gegen den Strafausspruch richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 5a und 11 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Samir K\*\*\*\*\*.

Aus deren Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof, dass dem Urteil im Schulterspruch I./B./ des Angeklagten K\*\*\*\*\* sowie im Schulterspruch I./A./ des Angeklagten C\*\*\*\*\* – worauf die Generalprokuratur zutreffend hinweist – nicht geltend gemachte Nichtigkeit (Z 10) zum Nachteil des jeweiligen Angeklagten anhaftet, die von Amts wegen wahrzunehmen war (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO).

Zum Angeklagten K\*\*\*\*\*:

Strafrechtlich relevantes Verhalten nach dem Suchtmittelgesetz bezieht sich nur auf konkrete, in der Suchtgiftverordnung oder der Psychotropenverordnung erfasste Wirkstoffe, weshalb Feststellungen zur Beschaffenheit, nämlich der Wirkstoffart und -menge tatverfangener Substanzen für die rechtsrichtige Beurteilung unabdingbar sind (RIS-Justiz RS0114428 [T1]).

Zum Schulterspruch I./B./ erschöpfen sich die Feststellungen zur objektiven Tatseite (US 9 ff) allerdings im Wesentlichen (vgl zu den Wirkstoffen und zum Reinheitsgehalt des Kokains und Heroins US 10) in der Wiedergabe des eingangs zitierten Referats der entscheidenden Tatsachen (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO; zur Bezeichnung „Kokain“ für den in der Suchtgiftverordnung und der Suchtgiftgrenzmengenverordnung gelisteten Wirkstoff Cocain vgl RIS-Justiz RS0114428 [T17]). Damit ist dem Urteil in tatsächlicher Hinsicht nicht einmal zu entnehmen, dass der Angeklagte K\*\*\*\*\* eine die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigende Menge Suchtgift anderen überlassen hat. Denn zum einen lassen die Entscheidungsgründe hinsichtlich des genannten „Cannabiskrauts“ (I./B./5.) offen, von welcher (in der Suchtgiftverordnung enthaltenen) Wirkstoffart in welcher Konzentration ausgegangen wird, zum anderen ergibt sich (abgesehen von den quantitativ unbestimmt gebliebenen Substanzmengen) aus den hinsichtlich Wirkstoffart und -menge konkret festgestellten tatverfangenen Substanzen keine auch nur die Grenzmenge des § 28b SMG überschreitende Suchtgiftmenge in Reinsubstanz. Damit tragen die Feststellungen zu I./B./ nicht einmal die Subsumtion nach § 28a Abs 1 (hier: fünfter) Fall SMG.

In Ansehung eines – vom Erstgericht in Bunker- und Verpackungstätigkeiten (US 3, 9, 11, 25 und 26) erblickten – Tatbeitrags des Angeklagten K\*\*\*\*\* zu den Suchtgiftverkäufen des Mitangeklagten C\*\*\*\*\* lassen die Konstatierungen nicht erkennen, auf welche konkreten Aktivitäten des C\*\*\*\*\* und auf welche Suchtgiftmengen sich die Unterstützungshandlungen bezogen haben sollen.

Überdies sind für sich allein die Grenzmenge § 28b SMG nicht erreichende Suchtgiftquanten mehrerer einzelner Tathandlungen nur dann zu addieren, wenn auf der subjektiven Tatseite der (zumindest bedingte) Vorsatz des Angeklagten von vornherein jeweils auch den an die bewusst kontinuierliche Begehung geknüpften Additionseffekt mitumfasst (RIS-Justiz RS0131856 [T1]; Matzka/Zeder/Rüdisser, SMG<sup>3</sup> § 28b Rz 18). Dass beim Angeklagten K\*\*\*\*\* eine solche Willensausrichtung vorlag, geht aus den Feststellungen ebenfalls nicht hervor. Damit bleibt die Urteilsaussage, wonach es dieser Angeklagte ernstlich für möglich hielt und sich billigend damit abfand, dass das von ihm überlassene Suchtgift „die festgestellten Reinheitsgehalte aufwies und (mit Blick auf den Reinheitsgehalt) die fünfundzwanzigfache Grenzmenge überstieg“ (US 10), ohne Sachverhaltsbezug.

Die durch das Fehlen von Feststellungen zur Beurteilung der inkriminierten Suchtgiftmengen als die Grenzmenge des § 28b SMG übersteigende Menge (§ 28a Abs 1 SMG) oder gar das Fünfundzwanzigfache dieser Grenzmenge

übersteigende Menge (§ 28a Abs 4 Z 3 SMG) bewirkte Nichtigkeit erforderte (bereits bei der nichtöffentlichen Beratung) die Aufhebung des Schulterspruchs I./B./ (RIS-Justiz RS0115884 [T4]; Ratz, WK-StPO § 289 Rz 18), demzufolge (§ 289 StPO) mit Blick auf die Bestimmungen der §§ 35, 37 SMG auch des Schulterspruchs I./C./ (RIS-Justiz RS0119278) sowie des den Angeklagten K\*\*\*\*\* betreffenden Strafausspruchs (einschließlich des Konfiskationserkenntnisses) und die Verweisung der Sache an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung (§ 285e StPO).

Ein Eingehen auf die Nichtigkeitsbeschwerde erübrigte sich daher zur Gänze. Mit dieser war der Angeklagte K\*\*\*\*\* ebenso wie mit seiner Berufung auf die aufhebende Entscheidung zu verweisen.

Zum Angeklagten C\*\*\*\*\*:

Auch hinsichtlich des Schulterspruchs I./A./ bestehen die Feststellungen zur objektiven Tatseite (US 7 f) im Wesentlichen aus der Wiedergabe des Referats der entscheidenden Tatsachen (§ 260 Abs 1 Z 1 StPO; zur Verwendung der Bezeichnung „Kokain“ siehe oben). Damit ist dem Urteil hinsichtlich der rechnerisch dargelegten (und nicht bloß unbestimmt gebliebenen) Suchtgiftquanten nur entnehmbar, dass der Angeklagte C\*\*\*\*\* – mit Additionsvorsatz (US 11) – anderen Kokain und Heroin (zur bloßen Nennung von „Cannabiskraut“ ohne Angabe des Wirkstoffs siehe ebenfalls oben) in einer bloß die Grenzmenge (des § 28b SMG) übersteigenden Menge (iSd § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG) überließ. Die Überlassung einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) überschreitenden (Gesamt-)Menge Suchtgift (§ 28a Abs 4 Z 3 SMG) tragen die Konstatierungen aber ebenso wenig wie die Annahme der Überlassung auch nur einer das Fünfzehnfache der Grenzmenge übersteigenden Menge (§ 28a Abs 2 Z 3 SMG). Solcherart entbehrt das Urteil – auch in subjektiver Hinsicht (vgl US 10 f) – einer hinreichenden Sachverhaltsgrundlage für die rechtsrichtige Beurteilung der zu I./A./ inkriminierten Verhaltensweisen (auch) nach § 28a Abs 4 Z 3 SMG.

Die dadurch bewirkte und dem Angeklagten C\*\*\*\*\*-, der keine Nichtigkeitsbeschwerde erhoben hat, zum Nachteil gereichende Nichtigkeit (Z 10) erforderte die Aufhebung der rechtlichen Unterstellung der Tat zu I./A./ auch nach § 28a Abs 4 Z 3 SMG, demzufolge auch des ihn betreffenden Strafausspruchs (einschließlich der Vorhaftanrechnung) und in diesem Umfang die Verweisung der Sache an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung.

Das Einziehungserkenntnis war aufzuheben (Z 11 erster Fall des § 281 Abs 1 StPO), weil dieses durch die bloße Bezugnahme auf „das sichergestellte Suchtgift“ den Gegenstand der Einziehung nicht determiniert (RIS-Justiz RS0121298 [T9]).

Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten K\*\*\*\*\*-, welche die amtswegige Maßnahme nicht umfasst (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12), beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

**Textnummer**

E127657

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0150OS00010.20I.0304.000

**Im RIS seit**

27.03.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

27.03.2020

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>