

TE OGH 2021/11/2 11Os93/21t

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 02.11.2021

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 2. November 2021 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Schwab als Vorsitzenden sowie die Vizepräsidentin des Obersten Gerichtshofs Mag. Marek, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Bachner-Foregger und Mag. Fürnkranz und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Oberressl als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Vizthum als Schriftführerin in der Strafsache gegen A***** S***** wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 1 SMG, § 12 zweiter Fall StGB und einer weiteren strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Ried im Innkreis als Schöffengericht vom 11. März 2021, GZ 7 Hv 85/20t-86, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schuldspruch zu B./, demzufolge auch im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung) aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Ried im Innkreis verwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Ihm fallen die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

[1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde A***** S***** jeweils eines (US 2, 26) Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall SMG (A./) und nach § 28a Abs 1 fünfter Fall und Abs 2 Z 1 SMG; § 12 zweiter Fall StGB (B./) schuldig erkannt.

[2] Danach hat er in S***** und an anderen Orten vorschriftswidrig Suchtgift in einer die Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge

A./ ein- und ausgeführt, indem er den deshalb bereits rechtskräftig verurteilten H***** S***** vor dem 22. Oktober 2019 dazu bestimmte, 297,56 Gramm Kokain (netto) mit einer Reinsubstanz von 72,26 + 1,44 Gramm Cocain-Base von Deutschland nach Österreich zu verbringen;

B./ gewerbsmäßig (US 11 f) einem anderen zum Zweck des Weiterverkaufs überlassen, wobei er schon einmal wegen einer Straftat nach § 28a Abs 1 SMG verurteilt wurde (US 4 f), indem er

I./ von etwa Juli 2019 bis 22. Oktober 2019 ***** G***** in drei Angriffen insgesamt zumindest 335 Gramm (davon in einem Angriff 20 Gramm, in einem Angriff 200 Gramm und in einem Angriff 115 Gramm; vgl US 8 f, 20) Kokain mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 24 % übergab;

II./ den deshalb bereits rechtskräftig verurteilten H***** S***** vor dem 22. Oktober 2019 dazu bestimmte, die zu A./ genannte Menge Kokain (in einem Angriff) an ***** G***** zu übergeben.

[3] Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 5 und 5a StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten.

Rechtliche Beurteilung

[4] Entgegen der Mängelrüge (Z 5 vierter Fall) ist die aus den Angaben des Zeugen ***** G***** erfolgte Ableitung (US 16 ff) der Feststellungen zu B./ (US 7 ff) unter dem Aspekt der Begründungstauglichkeit nicht zu beanstanden. Indem der Beschwerdeführer unter Hinweis auf von den Tatrichtern erörterte Umstände (US 19) für sich günstigere Schlussfolgerungen im Tatsächlichen reklamiert, beschränkt er sich darauf, nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehenen Schuldberufung die Beweiswürdigung des Schöffengerichts zu bekämpfen.

[5] Aktenwidrigkeit (Z 5 fünfter Fall) liegt nur bei einer (erheblich) unrichtigen oder unvollständigen Wiedergabe des Inhalts einer Urkunde oder einer Aussage vor. Mit dem Einwand, bestimmte, von den Tatrichtern aus den Angaben des genannten Zeugen gezogene Schlussfolgerungen fänden im Akteninhalt keine Deckung, wird ein derartiges Fehlzitat vom Beschwerdeführer gerade nicht geltend gemacht (RIS-Justiz RS0099431).

[6] Soweit das Vorbringen zugleich auch als Tatsachenrüge (Z 5a) deklariert wird, ist der Beschwerdeführer auf den wesensmäßigen Unterschied der Nichtigkeitsgründe und das daraus resultierende Erfordernis getrennter Ausführung hinzuweisen (vgl. [RIS-Justiz RS0115902&SkipToDocumentPage=True&SucheNachRechtssatz=True&SucheNachText=False">RS0115902](#)). Es gelingt ihm damit jedenfalls nicht, beim Obersten Gerichtshof erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit des Ausspruchs über entscheidende Tatsachen zu erwecken.

[7] Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO).

[8] Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten überzeugte sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon, dass dem angefochtenen Urteil nicht geltend gemachte Nichtigkeit anhaftet, die zum Nachteil des Angeklagten wirkt und daher von Amts wegen aufzugreifen war (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO):

[9] Nach dem Urteilssachverhalt umfasst der Schuldspruch zu B./ mehrere (sukzessive) Überlassungen, nämlich von drei je für sich die Grenzmenge des § 28b SMG übersteigenden Suchtgiftquanten (bzw die Bestimmung dazu) und einem die Grenzmenge für sich nicht übersteigenden Quantum. Insgesamt wurde durch die Summe dieser Angriffe weder das Fünfundzwanzigfache (§ 28a Abs 4 Z 3 SMG) noch das Fünfzehnfache (§ 28a Abs 2 Z 3 SMG) der Grenzmenge des § 28b SMG überschritten.

[10] In subjektiver Hinsicht nahm das Erstgericht an, dem Angeklagten sei „von vornherein bewusst“ gewesen, dass sich die „Gesamtmenge“ des in „Teilakte[n]“ überlassenen Suchtgifts „durch die seinem Tatplan entsprechende kontinuierliche Begehung beständig summiert und er in Anbetracht der zum Teil hohen Einzelangriffe mehrfach die Grenzmenge im Sinn des § 28b SMG übersteigende Mengen [...] überlässt“ (US 11). Danach wäre von einer Tatbegehung durch Annäherung an den tatbestandsmäßigen Erfolg durch Einzelakte bei einheitlicher Tatsituation und gleicher Motivationslage und damit von einer einzigen (mit Additionsvorsatz verübten) Tat (nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG) auszugehen.

[11] Konträr dazu nahmen die Tatrichter jedoch an, der Angeklagte habe – von seiner Absicht (vgl § 28a Abs 2 Z 1 SMG iVm § 70 StGB) umfasst – durch Setzung der (nach erstmaliger Grenzmengenüberschreitung) „weiter[n]“, „jeweils die Grenzmenge (§ 28b SMG) erreichenden“ „Teilakte“ „die Tat“ „wiederhol[t]“ (US 11). Dies würde – auf Basis der sonstigen Feststellungen – die Begehung mehrerer (nämlich zusammen dreier) Taten nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG (und, soweit es das einmalige Überlassen eines die Grenzmenge nicht überschreitenden Suchtgiftquantums betrifft, einer weiteren Tat nach § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall SMG) bedeuten.

[12] Solcherart bleibt mit Blick auf § 28a Abs 2 Z 1 SMG iVm § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB fallkonkret (auch für den Obersten Gerichtshof; vgl dazu Ratz, WK-StPO § 281 Rz 570) unklar, ob das Schöffengericht zu B./ in tatsächlicher

Hinsicht eine Tatbegehung im Sinn einer tatbestandlichen Handlungseinheit (vgl dazu RIS-Justiz RS0122006, RS0127374; Hinterhofer/Oshidari, Strafverfahren Rz 9.204) oder durch eine Mehrzahl von (rechtlich selbständigen) Taten nach § 28a Abs 1 SMG (und einer weiteren nach § 27 Abs 1 Z 1 achter Fall SMG) feststellen wollte.

[13] Nur in letzterem Fall aber könnten bei der dritten die Überschreitung der Grenzmenge betreffenden Tathandlung „bereits zwei solche Taten“ im Sinn des § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB begangen worden sein (vgl 15 Os 52/19i), während im Fall einer tatbestandlichen Handlungseinheit (zu B./) insgesamt nur eine (einzige) Tat im materiellen Sinn vorläge (vgl in anderen Konstellationen bereits 13 Os 99/20p; 13 Os 78/17w; 14 Os 59/20p; 13 Os 55/19s).

[14] Die ausländische, aus dem Jahr 2014 stammende (US 4) Vorstrafe mag zwar als „solche“ im Sinn des § 70 Abs 1 Z 3 zweiter Fall StGB sowie als „Straftat nach § 28a Abs 1 SMG“ (§ 28a Abs 2 Z 1 SMG) anzusehen sein, liegt aber jedenfalls außerhalb des von § 70 Abs 3 StGB geforderten zeitlichen Zusammenhangs und reicht solcherart (für sich allein) nicht aus, um die Qualifikation nach § 28a Abs 2 Z 1 SMG zu begründen (RIS-Justiz RS0130966).

Bleibt weiters festzuhalten:

[15] Eine Straftat nach § 28a Abs 1 SMG kann 1./ durch eine einzige Tathandlung erfüllt sein, welche ein die Grenzmenge des § 28b SMG übersteigendes Suchtgiftquantum betrifft, oder 2./ durch mehrere (sukzessive) Tathandlungen, sofern diese über einen von Anfang an bestehenden Additionsvorsatz zu einer tatbestandlichen Handlungseinheit verknüpft sind (vgl RIS-Justiz RS0112225 [T1, T3, T5], RS0088096 [T11, T12, T14, T16, T17]). Eine tatbestandliche Handlungseinheit stellt eine (einzige) Tat im materiellen Sinn dar (neuerlich RIS-Justiz RS0127374).

[16] Die Begründung mehrerer nach § 28a Abs 1 SMG strafbarer Handlungen durch sukzessive Begehung in Form tatbestandsmäßiger Manipulation (etwa Überlassen) von je für sich die Grenzmenge nicht übersteigenden Suchtgiftquanten kommt seit der Entscheidung eines verstärkten Senats zu AZ 12 Os 21/17f (vgl auch RIS-Justiz RS0131856) nur mehr dann in Betracht, wenn – insbesondere zufolge Fehlens insgesamt einheitlicher Tatsituation und gleicher Motivationslage (vgl RIS-Justiz RS0122006) – nicht nur eine, sondern mehrere tatbestandliche Handlungseinheiten (und damit auch mehrere Taten) vorliegen (RIS-Justiz RS0133289).

[17] Weiters kann die mehrmalige (sukzessive) tatbestandsmäßige Manipulation von je für sich die Grenzmenge übersteigenden Suchtgiftquanten eine entsprechende Mehrzahl strafbarer Handlungen nach § 28a Abs 1 SMG begründen, sofern diese Manipulationsakte eben nicht (zufolge insgesamt einheitlicher Tatsituation und gleicher Motivationslage – zB RIS-Justiz RS0132322) eine tatbestandliche Handlungseinheit (und solcherart bloß eine einzige Tat) bilden (vgl 13 Os 65/05s).

[18] Ob eine oder mehrere tatbestandliche Handlungseinheiten im Sinn des § 28a Abs 1 SMG oder eine Mehrzahl von (rechtlich selbständigen) Einzeltaten im Sinn des § 28a Abs 1 SMG (oder nur § 27 SMG) vorliegen, hängt also vom festgestellten Sachverhalt ab.

[19] Daran anknüpfend kann im Fall gewerbsmäßiger Absicht in Bezug auf die wiederkehrende Begehung von Straftaten nach § 28a Abs 1 SMG die Qualifikation nach § 28a Abs 2 Z 1 SMG iVm § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB begründet sein, wenn der Täter schon einmal wegen einer Straftat nach § 28a Abs 1 SMG verurteilt wurde und er – im von § 70 Abs 3 StGB geforderten zeitlichen Zusammenhang – bereits zwei Taten nach § 28a Abs 1 SMG (im oben dargestellten, materiellen Sinn) begangen hat.

[20] § 28a Abs 4 Z 3 SMG wiederum stellt (wie § 28a Abs 2 Z 3 SMG) angesichts fehlender Gewerbsmäßigkeitsqualifikation im Unterschied zu § 28a Abs 1 SMG eine besondere Art von Zusammenrechnungsgrundsatz (Subsumtionseinheit sui generis vergleichbar § 29 StGB) für die Grenzmenge jeweils übersteigende Suchtgiftquanten dar, wobei der in § 28a Abs 4 Z 3 SMG verwendete Begriff „Straftat“ auch eine Mehrzahl von Taten nach § 28a Abs 1 SMG umfasst (RIS-Justiz RS0117464 [T1, T10]; vgl [neuerlich] 13 Os 65/05s; 15 Os 105/14a).

[21] Der (zumindest bedingte – § 7 Abs 1 iVm § 5 Abs 1 StGB) Vorsatz des Täters muss sich zwar auf die vorschriftswidrige tatbestandsmäßige Manipulation von Suchtgift (zB Überlassen) in Bezug auf die Überschreitung des Fünfundzwanzigfachen (Fünfzehnfachen) der Grenzmenge des § 28b SMG beziehen (11 Os 89/18z; jüngst 14 Os 84/21s), allerdings genügt es zur rechtlichen Annahme der Qualifikation durch die Zusammenrechnung aus (gegebenenfalls) mehreren Taten nach § 28a Abs 1 SMG (im oben dargestellten, materiellen Sinn), dass der Vorsatz des

Täters – wie bei der Zusammenrechnung nach § 29 StGB (vgl. RIS-Justiz RS0132778) – die mengenmäßig bestimmte Größe der einzelnen manipulierten Suchtgiftquanten (und damit letztlich auch deren Summe) erfasst (vgl. 11 Os 85/17k, [11 Os 86/17g, 11 Os 91/17t]).

[22] Die Aufnahme (sukzessiver) tatbestandsmäßiger Manipulationen von (gegebenenfalls) mehreren, für sich allein die Grenzmenge des § 28a Abs 1 SMG nicht (sondern erst in Summe mit anderen) übersteigenden Suchtgiftquanten in eine Subsumtionseinheit nach § 28a Abs 4 Z 3 SMG (oder § 28a Abs 2 Z 3 SMG) erfordert hingegen, dass die kontinuierliche Begehung und der daran geknüpfte Additionseffekt von Anfang an vom Vorsatz des Täters umfasst waren (vgl. dazu jüngst 14 Os 84/21s mwN).

[23] Der oben aufgezeigte, sich als Rechtsfehler mangels Feststellungen zu B./ darstellende Urteilsfehler hat sich im konkreten Fall zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt. Zuzugrunde liegt das Fehlen von (eindeutigen) Feststellungen, die zur rechtlichen Beurteilung des Tatgeschehens zu B./ (als eine Tat nach § 28a Abs 1 fünfter Fall SMG oder mehrere Taten, wovon eine nach § 28a Abs 2 Z 1 SMG qualifiziert sein kann) erforderlich sind, war das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt zu bleiben hatte, bei der nichtöffentlichen Beratung im aus dem Spruch ersichtlichen Umfang aufzuheben und es war die Sache insoweit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zu verweisen (§ 285e StPO).

[24] Mit seiner Berufung wegen des Ausspruchs über die Strafe war der Angeklagte auf die Aufhebung des Strafausspruchs zu verweisen.

[25] Der Kostenausspruch beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

Textnummer

E133143

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2021:0110OS00093.21T.1102.000

Im RIS seit

24.11.2021

Zuletzt aktualisiert am

24.11.2021

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

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at