



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat am 12. Mai 2016 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. T. Solé, Dr. Oshidari, Dr. Michel-Kwapinski und Dr. Brenner in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Fritsche als Schriftführerin in der Strafsache gegen Bernd L***** und eine Angeklagte wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 erster Fall, Abs 4 Z 3 SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Bernd L***** und Angy C***** G***** gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Schöffengericht vom 8. Juli 2015, GZ 14 Hv 4/14k-256, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Bauer, der Angeklagten und ihres Verteidigers Mag. Dr. Kier zu Recht erkannt:

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerden wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Strafausspruch betreffend Angy C***** G*****, im Einziehungserkenntnis hinsichtlich des „Netbook Acer Aspire One“ und der „unbekannten Substanzen“ sowie im Verfallserkenntnis betreffend den Pkw Audi A6, Baujahr 12/2005, Fahrgestellnummer *****, aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

Angy C***** G***** wird für die ihr zur Last liegenden Vergehen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 erster Fall, Abs 3 erster Fall SMG, § 12 dritter Fall StGB und der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach § 28 Abs 1 zweiter Satz, Abs 4 erster Fall SMG, § 12 dritter Fall StGB sowie der Vergehen nach § 27 Abs 1 Z 1 erster, zweiter und achter Fall,

Abs 2 SMG, unter Anwendung von § 28 StGB nach § 28a Abs 3 erster Fall SMG zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten verurteilt.

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

Die Anrechnung der Vorhaft wird dem Erstgericht überlassen.

Der Antrag auf Verfall wird hinsichtlich des Pkw Audi A6, Baujahr 12/2005, Fahrgestellnummer *****, abgewiesen.

Im darüber hinausgehenden Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Leoben verwiesen.

Im Übrigen werden die Nichtigkeitsbeschwerden verworfen.

Der Berufung des Angeklagten Bernd L***** wird nicht Folge gegeben.

Mit ihrer Berufung wird die Angeklagte Angy C***** G***** auf die Strafneubemessung verwiesen.

Beiden Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

G r ü n d e :

Mit dem angefochtenen Urteil wurden - jeweils (richtig:) unter Bezugnahme (vgl. *Lendl*, WK-StPO § 260 Rz 33) auf die im ersten Rechtsgang in Rechtskraft erwachsenen Schuldsprüche (siehe 12 Os 65/14x) und soweit hier von Interesse -

I./ hinsichtlich Bernd L*****

1./ ...

2./ „gemäß § 26 Abs 1 StGB das Netbook Acer Aspire One [...] sowie die unbekannten Substanzen (ON 175, AS 173, PZ 14 und PZ 15; ON 205, AS 3, PZ 1a) eingezogen;

3./ gemäß § 443 Abs 1 StPO iVm § 20 Abs 1 StGB der Pkw der Marke Audi A6, Baujahr 12/2005, mit der Fahrgestellnummer ***** im Wert von 11.586 Euro und ein Betrag von 8.414,02 Euro für verfallen erklärt“ sowie

II./ Angy C***** G***** „unter Bedachtnahme auf § 28a Abs 3 sowie § 28 Abs 4 SMG betreffend die Fakten B./I./ des Schuldspruchs sowie unter Bedachtnahme auf § 27 Abs 2 SMG betreffend die Fakten B./II./ sowie unter weiterer Bedachtnahme auf § 28 Abs 1 StGB nach dem § 28a Abs 3 SMG“ zu einer (nach § 43 Abs 1 StGB bedingt nachgesehenen) Freiheitsstrafe von 14 Monaten verurteilt.

Im ersten Rechtsgang war Angy C***** G***** schuldig erkannt worden,

I./ zu den unter Punkt A./I./ (Erzeugung einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge übersteigenden Menge an Cannabispflanzen im Zeitraum von März 2007 bis Ende Mai 2011 und von Mitte Oktober 2011 bis 3. August 2013) und III./ (Anbau von zumindest 184 Cannabis-Pflanzen zum Zwecke der Erzeugung von THC-hältigem Marihuana in einer die Grenzmenge übersteigenden Menge, nämlich von 3.122 Gramm mit einem Reinheitsgehalt von zumindest 10 %, in einer Indoorplantage, mit dem Vorsatz, dass es in Verkehr gesetzt werde) genannten Tathandlungen mit von vornherein auf eine kontinuierliche Tatbegehung sowie den daran geknüpften Additionseffekt gerichtetem Vorsatz beigetragen zu haben, zumindest in Ansehung einer die Grenzmenge mehrfach übersteigenden Menge (§ 28b SMG), indem sie für Bernd L***** im Spruch genannte Wohnungen zum Zwecke der Suchtgifterzeugung anmietete und Strombezugsverträge

abschloss sowie beim Verbringen der Suchtgiftutensilien von einer Wohnung in die andere behilflich war;

II./ im Zeitraum Anfang 2006 bis zumindest 4. Oktober 2011 mit Ausnahme des unter Punkt B./I./ angeführten Suchtgifts in S*****, K*****, P*****, G***** und anderen Orten des Bundesgebiets vorschriftswidrig Suchtgift teils zum ausschließlich persönlichen Gebrauch erworben, besessen und anderen überlassen zu haben, indem sie Delta-9-THC-hältiges Marihuana

1./ von Bernd L***** und nicht näher bekannten Personen teils kaufte, teils im Zuge des gemeinsamen Suchtgiftkonsums unentgeltlich zur Verfügung gestellt erhielt;

2./ im Zuge des Suchtgiftkonsums sowie der Lagerung tatsächlich inne hatte;

3./ Bernd L***** im Zuge des gemeinsamen Suchtgiftkonsums unentgeltlich zur Verfügung stellte.

Weiters wurden „hinsichtlich beider Angeklagten“ die im Spruch (US 2 f) beschriebenen „Suchtgiftutensilien“ nach § 19a Abs 1 StGB konfisziert.

Den dagegen von Bernd L***** und Angy C***** G***** aus § 281 Abs 1 Z 10 und 11 (von Letztgenannter auch aus Z 3) StPO erhobenen Nichtigkeitsbeschwerden kommt teilweise Berechtigung zu.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Bernd L*****:

Das Erstgericht hat den Verfall eines Betrags von 8.414,02 Euro sowohl im Urteilsspruch als auch in den Urteilsgründen auf § 20 Abs 1 StGB gestützt (US 2, 11). Im Hinblick auf die fehlende Sicherstellung eines die - bereits rechtskräftig für verfallen erklärte - Geldsumme von 5.999,98 Euro übersteigenden Betrags (vgl US 7) sind die Tatrichter jedoch offensichtlich insoweit vom Vorliegen der

Voraussetzungen eines Wertersatzverfalls nach § 20 Abs 3 StPO ausgegangen (vgl EBRV 918 BlgNR 24. GP 7 f; *Fabrizy*, StGB¹² § 20 Rz 4). Der nominell aus Z 10 (der Sache nach Z 11 erster Fall) erhobene Einwand, das Erstgericht habe einen Geldbetrag in der Höhe von 8.414,02 Euro nach § 20 Abs 1 StGB - anstelle (richtig) nach dessen Abs 3 - für verfallen erklärt, verfehlt daher sein Ziel.

Ebenfalls vom Verfallserkenntnis umfasst ist ein Pkw der Marke Audi A6, Baujahr 12/2005, mit der Fahrgestellnummer ***** im Wert von 11.586 Euro, bei dem die Tatrichter erkennbar davon ausgingen, dass es sich bei diesem als „aus Geldern des Suchtgiftverkaufs“ finanziert (vgl US 9 f) wiederum um keinen für die Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung oder durch sie erlangten Vermögenswert im Sinn des § 20 Abs 1 StGB, sondern um einen Ersatzwert nach dessen Abs 2 handelte.

Im Recht ist der Beschwerdeführer jedoch mit seiner Kritik (zutreffend Z 11 erster Fall), wonach Verfall nach § 20 Abs 2 StGB nur im Hinblick auf solche Ersatzwerte möglich ist, die zur Gänze aus den in Abs 1 leg cit genannten Vermögenswerten stammen. Denn der Ersatzwert muss sich - zur Gänze - im Wert des ursprünglich erlangten oder empfangenen Vermögenswerts verkörpern, dh durch eine geschlossene Kette von Umtauschvorgängen auf diesen zurückführbar sein (vgl *Fuchs/Tipold* in WK² StGB § 20 Rz 32 mwN).

Der Verfall eines Pkw, der - den hier getroffenen Feststellungen zufolge - nur „teilweise“ aus dem Erlös der dem Verfallserkenntnis zugrundeliegenden Straftaten stammt (vgl US 9 f), kommt demnach nicht in Betracht (doch wäre ein solcher werthaltiger Gegenstand bei der Beurteilung der Aussicht auf die Einbringung eines nach § 20 Abs 3 StGB

festzusetzenden Wertersatzverfalls jedenfalls mit zu berücksichtigen gewesen; vgl 15 Os 55/15z). Der Antrag auf Verfall war daher in diesem Umfang abzuweisen.

Im Hinblick darauf ist der gegen die Verfallsentscheidung gerichteten Berufung des Erstangeklagten der Boden entzogen, weil die nunmehr für verfallen erklärten Geldbeträge auch in dem von der Rüge reklamierten Erlös aus dem Suchtgiftverkauf in Höhe von 24.000 Euro Deckung finden. Vom Rechtsmittel behauptete Schenkungen betreffen hingegen nicht die veräußerten Suchtgiftquanten, sondern bloß einen ab und zu geleisteten „Bonus“ (vgl ON 212 S 27 f).

Erfolgreich ist auch das Beschwerdevorbringen, die Erstrichter hätten keine die Einziehung tragenden Feststellungen zur Deliktstauglichkeit des von der vorbeugenden Maßnahme betroffenen Notebooks und der nicht näher spezifizierten „unbekannten Substanzen“ getroffen.

§ 26 StGB setzt voraus, dass die vorbeugende Maßnahme der Einziehung aufgrund der besonderen Beschaffenheit des Gegenstands geboten erscheint, um der Begehung mit Strafe bedrohter Handlungen durch den Täter selbst oder durch andere Personen entgegenzuwirken (vgl *Ratz* in WK² StGB § 26 Rz 6 und 12). Davon kann allerdings bei (handelsüblichen) Computern, Laptops oder sonstigen Datenträgern (Festplatten), auch wenn auf diesen zuvor pornografisches Bildmaterial gespeichert war, keine Rede sein (RIS-Justiz RS0121298 [T11 und T12]). Gleiches gilt - wie der Oberste Gerichtshof bereits im ersten Rechtsgang ausgesprochen hat (12 Os 65/14x) - für „unbekannte Substanzen“. Die Annahme der Tatrichter, dass diese Substanzen „wohl illegal sind“ (US 11), ist mangels konkreter

Feststellung (arg „wohl“) nicht aussagekräftig.

Die Erklärung des Beschwerdeführers, mit der Einziehung (bzw mit der Vernichtung ON 255 S 3 f) einverstanden zu sein (vgl US 11), vermag die gesetzlichen Voraussetzungen der Maßnahme nicht zu ersetzen (RIS-Justiz RS0121298 [T3 und T15]).

Angemerkt sei, dass in Ansehung eines Computers, der vom Täter zur Begehung einer vorsätzlichen Straftat (hier mehrerer Vergehen der pornographischen Darstellung Minderjähriger nach § 207a Abs 3 erster und zweiter Satz, Abs 4 Z 1 und Z 3 lit a und b StGB; Schuldspruch C./) verwendet wurde, bei Vorliegen der weiteren gesetzlichen Voraussetzungen des § 19a Abs 1 und Abs 2 StGB - Tatbegehung nach Inkrafttreten des sKp, BGBl I 2010/108, am 1. Jänner 2011; Eigentum des Täters zur Zeit der Entscheidung erster Instanz; Verhältnismäßigkeit - die Konfiskation auszusprechen wäre.

Das angefochtene Urteil war daher im Einziehungserkenntnis hinsichtlich des „Netbook Acer Aspire One“ und der „unbekannten Substanzen (ON 175, AS 173, PZ 14 und PZ 15; ON 205 AS 3, PZ 1a)“ aufzuheben und die Sache insoweit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zu verweisen.

Verfehlt ist hingegen der Einwand der Unvollständigkeit (Z 11 zweiter [richtig: erster] Fall iVm Z 5 zweiter Fall) hinsichtlich der für die Konfiskation nach § 19a Abs 1 StGB wesentlichen (und auf US 9 begründeten) Feststellung, Bernd L***** hätte die zu konfiszierenden Gegenstände „auch nach dem 1. Jänner 2011 [...] zur Deliktsbegehung verwendet“ (US 8). Der Nichtigkeitswerber trachtet sichtlich danach, aus Urteilsfeststellungen im ersten Rechtsgang sowie im Akt erliegenden Lichtbildern eigene, für

ihn günstigere Schlussfolgerungen zu ziehen, um damit - nach Art einer im kollegialgerichtlichen Verfahren unzulässigen Schuldberufung - die den Tatrichtern vorbehaltene Beweiswürdigung zu bekämpfen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde der Angy C*****

G*****.

Nicht im Recht ist die Angeklagte, soweit sie eine Verletzung des § 260 Abs 1 Z 2 StPO moniert (Z 3), weil das Erstgericht auf § 28a Abs 3 SMG und § 28 Abs 4 SMG (B./I./) bzw auf § 27 Abs 2 SMG (B./II./) bloß „Bedacht“ genommen hätte, müsse „es doch klar aussprechen, nach welcher strafbaren Handlung und folglich Strafnorm der Angeklagte verurteilt wurde“.

Sie übersieht damit, dass die Schuldsprüche aus dem ersten Rechtsgang nach § 28a Abs 1 erster Fall SMG, § 12 dritter Fall StGB und § 28 Abs 1 (zweiter Satz) SMG, § 12 dritter Fall StGB (B./I./) sowie nach § 27 Abs 1 Z 1 erster, zweiter und achter Fall SMG (B./II./) - nur jeweils in der Nichtannahme der Privilegierung nach §§ 28a Abs 3, 28 Abs 4 SMG (B./I./) bzw nach § 27 Abs 2 SMG (B./II./) aufgehoben wurden (siehe 12 Os 65/14x), in den aufgezählten Grund- und Qualifikationstatbeständen indes in Rechtskraft erwachsen und nur mehr im Ausspruch über die Annahme (oder Nichtannahme) der Privilegierungen zu ergänzen waren.

Mit Blick auf die „nach dem § 28a Abs 3 SMG“ bemessene Freiheitsstrafe (US 2) und die Ausführungen in den Entscheidungsgründen (US 10) - die zur Verdeutlichung auch des Erkenntnisses (§ 260 Abs 1 Z 2 StPO) herangezogen werden können (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 625) - besteht im Übrigen auch kein Zweifel, dass der Schöffensenat die Bestimmungen der §§ 28a Abs 3 (erster Fall), 28 Abs 4 (erster

Fall) und 27 Abs 2 SMG nicht bloß „mitbedacht“, sondern die den rechtskräftigen Schuldsprüchen B./I./ und B./II./ zugrunde liegenden Taten auch tatsächlich diesen Privilegierungstatbeständen subsumiert hat.

Auch die unrichtige Bezeichnung der strafbaren Handlungen (B./I./) als „Verbrechen“ (US 10) statt richtig als „Vergehen“ begründet keine materielle Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0089896; vgl auch *Ratz*, WK-StPO § 290 Rz 27).

Hingegen moniert die Beschwerdeführerin insoweit zutreffend Nichtigkeit aus Z 11 zweiter Fall (nominell auch aus Z 10), weil die Erstrichter im Rahmen der Strafzumessung das „Zusammentreffen mehrerer Verbrechen mit mehreren Vergehen“ als erschwerend in Rechnung stellten, obwohl der Schuldspruch B./I./ - unter Berücksichtigung der von den Tatrichtern herangezogenen privilegierenden Tatbestände der §§ 28a Abs 3 (erster Fall) und 28 Abs 4 (erster Fall) SMG - ausschließlich Vergehen (§ 17 Abs 2 StGB) umfasst (vgl RIS-Justiz RS0113957 [insbesondere T5]). Diese fehlerhafte Strafbemessung hat zwangsläufig die Aufhebung des Strafausspruchs zur Folge.

Ebenso wie Bernd L***** macht auch die Angeklagte Angy C***** G***** zu Recht geltend, dass der Verfall eines bloß „teilweise“ aus Suchtgifterlösen finanzierten Pkws weder nach § 20 Abs 1 StGB noch nach dessen Abs 2 in Betracht kommt (Z 11 erster Fall).

Mit ihrer erfolglosen Kritik gegen das Konfiskationserkenntnis war die Beschwerdeführerin auf die Erledigung der in diesem Punkt gleichlautenden Nichtigkeitsbeschwerde des Bernd L***** zu verweisen.

Bei der erforderlichen Strafneubemessung waren als mildernd die geständige Verantwortung, ihr bisheriger

ordentlicher Lebenswandel, die überwiegend untergeordnete Beteiligung, das teilweise Alter unter 21 Jahren, die Gewöhnung an Suchtmittel im Umfang des Vorwurfs des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften (vgl. *Litzka/Matzka/Zeder*, SMG² § 27 Rz 109) und die Sicherstellung des Suchtgifts im Rahmen der Einziehung, als erschwerend hingegen das Zusammentreffen mehrerer Vergehen, die Tatwiederholung und der lange Deliktszeitraum zu werten. Demgemäß wäre bei der Angeklagten Angy C***** G***** eine Freiheitsstrafe von zwölf Monaten als dem Unrecht der Taten entsprechend und ihrer Schuld angemessen zu verhängen.

Allerdings war, wie sie im Rahmen ihrer Berufung ausführt, zu berücksichtigen, dass nach Rücklangen des Aktes vom Obersten Gerichtshof nach teilweiser Urteilsaufhebung am 31. Dezember 2014 (ON 238) erst am 18. Mai 2015 eine Ausgeschlossenheitsanzeige des ursprünglich zuständigen Vorsitzenden erstattet wurde (ON 1 S 115), die am 10. April 2015 für 19. Mai 2015 anberaumte Hauptverhandlung abberaumt werden musste und erst am 18. Juli 2015 durchgeführt werden konnte (ON 255). Diese Verzögerung (§ 34 Abs 2 StGB) ist von der Zweitangeklagten oder ihrem Verteidiger nicht zu vertreten, sodass über Angy C***** G***** an Stelle der an sich zu verhängenden schuldangemessenen Strafe von zwölf Monaten zum Ausgleich der Konventionswidrigkeit (Art 6 Abs 1 EMRK) eine um zwei Monate geringer bemessene Freiheitsstrafe festzusetzen war.

Zum weiteren Berufungsvorbringen sei festgehalten, dass bei der Bemessung der Geld- oder Freiheitsstrafe die unter einem erfolgte Konfiskation nicht als mildernd zu berücksichtigen ist (RIS-Justiz RS0130619).

Wie bereits vom Erstgericht war die Strafe gemäß

§ 43 Abs 1 StGB unter Bestimmung einer Probezeit von drei Jahren bedingt nachzusehen.

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

Die Anrechnung der Vorhaft war dem Erstgericht zu überlassen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

Oberster Gerichtshof,
Wien, am 12. Mai 2016

Dr. S c h r o l l

Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: