

TE OGH 2023/12/14 150s135/23a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.12.2023

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 14. Dezember 2023 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Mag. Lendl als Vorsitzenden, die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski, Dr. Mann und Dr. Sadoghi und den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Mag. Riffel in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Sekljic in der Strafsache gegen * A* wegen des Verbrechens der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 2, Abs 4 erster Fall FPG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Schöffengericht vom 27. Juli 2023, GZ 8 Hv 52/23f-32, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird zurückgewiesen.

Zur Entscheidung über die Berufung werden die Akten dem Oberlandesgericht Wien zugeleitet.

Text

Gründe:

[1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde * A* des Verbrechens der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 2, Abs 4 erster Fall FPG (I./) und zweier Verbrechen der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 1 und Z 2, Abs 4 erster Fall FPG (II./) schuldig erkannt. [1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde * A* des Verbrechens der Schlepperei nach Paragraph 114, Absatz eins., Absatz 3, Ziffer 2., Absatz 4, erster Fall FPG (römisch eins./) und zweier Verbrechen der Schlepperei nach Paragraph 114, Absatz eins., Absatz 3, Ziffer eins und Ziffer 2., Absatz 4, erster Fall FPG (römisch zwei./) schuldig erkannt.

[2] Danach hat er in D* und an anderen Orten Österreichs und Ungarns im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit unbekannten Auftraggebern (* As*), Organisatoren und Fußschleppern als Mittäter (§ 12 StGB) als Mitglied einer kriminellen Vereinigung die rechtswidrige Ein- bzw Durchreise von jeweils mindestens drei Fremden,

die nicht zum Aufenthalt in der Europäischen Union oder im Schengenraum berechtigt waren, in und durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union mit dem Vorsatz gefördert, sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern, indem er [2] Danach hat er in D* und an anderen Orten Österreichs und Ungarns im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit unbekannten Auftraggebern (* As*), Organisatoren und Fußschleppern als Mittäter (Paragraph 12, StGB) als Mitglied einer kriminellen Vereinigung die rechtswidrige Ein- bzw Durchreise von jeweils mindestens drei Fremden, die nicht zum Aufenthalt in der Europäischen Union oder im Schengenraum berechtigt waren, in und durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union mit dem Vorsatz gefördert, sich oder einen Dritten durch ein dafür geleistetes Entgelt unrechtmäßig zu bereichern, indem er

I./ am 4. März 2023 für ein Entgelt von 1.050 Euro zumindest 13 Fremde mit einem Mercedes Vito in Ungarn aufnahm und nach Österreich sowie davon sieben Fremde weiter nach Deutschland transportierte;römisch eins./ am 4. März 2023 für ein Entgelt von 1.050 Euro zumindest 13 Fremde mit einem Mercedes Vito in Ungarn aufnahm und nach Österreich sowie davon sieben Fremde weiter nach Deutschland transportierte;

II./ gewerbsmäßig (§ 70 Abs 1 Z 3 StGB)römisch zwei./ gewerbsmäßig (Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 3, StGB)

1./ am 17. März 2023 für ein Entgelt von 1.050 Euro sieben Fremde in Ungarn mit einem Fahrzeug aufnahm und nach Österreich sowie davon vier Fremde für ein Entgelt von 600 Euro weiter nach Deutschland transportierte;

2./ am 20. März 2023 zwölf Fremde nahe der serbisch-ungarischen Grenze mit seinem Fahrzeug Mercedes aufnahm und nach Österreich transportierte, wofür ihm ein Entgelt von 1.800 Euro zugesagt worden war.

Rechtliche Beurteilung

[3] Gegen die Nichtannahme der Gewerbsmäßigkeit nach § 114 Abs 3 Z 1 FPG iVm § 70 Abs 1 Z 1 StGB zu I./ wendet sich die auf § 281 Abs 1 Z 5 und 10 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, der – in Übereinstimmung mit der Generalprokuratur – keine Berechtigung zukommt. [3] Gegen die Nichtannahme der Gewerbsmäßigkeit nach Paragraph 114, Absatz 3, Ziffer eins, FPG in Verbindung mit Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer eins, StGB zu römisch eins./ wendet sich die auf Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 5 und 10 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft, der – in Übereinstimmung mit der Generalprokuratur – keine Berechtigung zukommt.

[4] Die Mängelrüge (Z 5) spricht mit dem Vorbringen, das Erstgericht hätte feststellen müssen, dass der Auftraggeber * As* dem Angeklagten das Smartphone iPhone 14 Pro zwecks Kommunikation und Nutzung des GPS als Arbeitshandy für die in der Folge durchzuführenden Schleppungen übergab, keine Anfechtungskategorie des angesprochenen Nichtigkeitsgrundes an. [4] Die Mängelrüge (Ziffer 5,) spricht mit dem Vorbringen, das Erstgericht hätte feststellen müssen, dass der Auftraggeber * As* dem Angeklagten das Smartphone iPhone 14 Pro zwecks Kommunikation und Nutzung des GPS als Arbeitshandy für die in der Folge durchzuführenden Schleppungen übergab, keine Anfechtungskategorie des angesprochenen Nichtigkeitsgrundes an.

[5] Im Übrigen bezieht sich die Rüge auf keine entscheidende Tatsache (RIS-Justiz RS0106268): Das gegenständliche Smartphone ist nämlich nicht als besonderes Mittel im Sinn des § 70 Abs 1 Z 1 StGB anzusehen. Ein Mittel legt eine „wiederkehrende Begehung“ nahe, wenn es von der Professionalität des Täters zeugt. Es ist „besonders“ im Sinn der erwähnten Vorschrift, wenn sein „Mitführen“ situationsbezogen ungewöhnlich und mit geübter oder wohlüberlegter Herangehensweise des Täters zu erklären ist. In diesem Sinn kann auch ein leicht erhältliches oder allgemein gebräuchliches Werkzeug unter Abs 1 Z 1 leg cit fallen, wenn es in der konkreten Situation normalerweise nicht mitgeführt wird. § 70 Abs 1 Z 1 StGB erfordert den Einsatz besonderer Mittel, somit deren bloße Verwendung bei der Tat. Ob sie eigens für die Tatbegehung angeschafft wurden, ist hingegen nicht relevant (RIS-Justiz RS0132006, RS0130766; Fabrizio/Michel-Kwapinski/Oshidari, StGB14 § 70 Rz 6; Jerabek/Ropper in WK2 StGB § 70 Rz 13/2). [5] Im Übrigen bezieht sich die Rüge auf keine entscheidende Tatsache (RIS-Justiz RS0106268): Das gegenständliche Smartphone ist nämlich nicht als besonderes Mittel im Sinn des Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer eins, StGB anzusehen. Ein Mittel legt eine „wiederkehrende Begehung“ nahe, wenn es von der Professionalität des Täters zeugt. Es ist „besonders“ im Sinn der erwähnten Vorschrift, wenn sein „Mitführen“ situationsbezogen ungewöhnlich und mit geübter oder wohlüberlegter Herangehensweise des Täters zu erklären ist. In diesem Sinn kann auch ein leicht erhältliches oder allgemein gebräuchliches Werkzeug unter Absatz eins, Ziffer eins, leg cit fallen, wenn es in der konkreten Situation normalerweise nicht mitgeführt wird. Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer eins, StGB erfordert den Einsatz besonderer Mittel, somit deren bloße Verwendung bei der Tat. Ob sie eigens für die Tatbegehung angeschafft

wurden, ist hingegen nicht relevant (RIS-Justiz RS0132006, RS0130766; Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari, StGB14 Paragraph 70, Rz 6; Jerabek/Ropper in WK2 StGB Paragraph 70, Rz 13/2).

[6] Ausgehend davon legt die Subsumtionsrüge (Z 10) nicht dar, weshalb ein Smartphone der Marke iPhone 14 Pro (US 5) sowie das Fahrzeug Mercedes Vito (vgl. US 2 iVm US 4) besondere Mittel im Sinn des § 70 Abs 1 Z 1 StGB darstellen sollten (RIS-Justiz RS0116565). [6] Ausgehend davon legt die Subsumtionsrüge (Ziffer 10,) nicht dar, weshalb ein Smartphone der Marke iPhone 14 Pro (US 5) sowie das Fahrzeug Mercedes Vito vergleiche US 2 in Verbindung mit US 4) besondere Mittel im Sinn des Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer eins, StGB darstellen sollten (RIS-Justiz RS0116565).

[7] Die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft war daher bereits bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO). Über deren Berufung wird das Oberlandesgericht zu entscheiden haben (§ 285i StPO). [7] Die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft war daher bereits bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (Paragraph 285 d, Absatz eins, StPO). Über deren Berufung wird das Oberlandesgericht zu entscheiden haben (Paragraph 285 i, StPO).

[8] Die Generalprokuratur weist schließlich zutreffend darauf hin, dass die rechtliche Unterstellung der zu Punkt II.1./ des Schuldspruchs genannten Tat (auch) unter § 114 Abs 3 Z 1 FPG rechtlich verfehlt ist, weil es sich bei ihr erst um die zweite „solche“ Tat des Angeklagten handelt und somit diesbezüglich die für die Annahme von Gewerbsmäßigkeit maßgeblichen Voraussetzungen des § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB nicht vorliegen. Die Berücksichtigung der am 9. Februar 2023 begangenen Tat (US 3; Schleppung von Ungarn in die Slowakei) als Vortat iSd § 70 Abs 1 Z 3 erster Fall StGB kommt mangels Feststellungen zum Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung durch ein ausländisches Gericht nicht in Betracht (Jerabek/Ropper in WK² StGB § 70 Rz 13/9). [8] Die Generalprokuratur weist schließlich zutreffend darauf hin, dass die rechtliche Unterstellung der zu Punkt römisch zwei.1./ des Schuldspruchs genannten Tat (auch) unter Paragraph 114, Absatz 3, Ziffer eins, FPG rechtlich verfehlt ist, weil es sich bei ihr erst um die zweite „solche“ Tat des Angeklagten handelt und somit diesbezüglich die für die Annahme von Gewerbsmäßigkeit maßgeblichen Voraussetzungen des Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 3, erster Fall StGB nicht vorliegen. Die Berücksichtigung der am 9. Februar 2023 begangenen Tat (US 3; Schleppung von Ungarn in die Slowakei) als Vortat iSd Paragraph 70, Absatz eins, Ziffer 3, erster Fall StGB kommt mangels Feststellungen zum Vorliegen einer rechtskräftigen Verurteilung durch ein ausländisches Gericht nicht in Betracht (Jerabek/Ropper in WK² StGB Paragraph 70, Rz 13/9).

[9] Dieser Subsumtionsfehler (Z 10) blieb allerdings fallbezogen angesichts der nach § 114 Abs 4 FPG erfolgten Strafraumenbildung sowie des Umstands, dass er die vom Erstgericht angenommenen besonderen Erschwerungsgründe nicht tangiert (US 9), für den Angeklagten ohne Nachteil im Sinn des § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO. Bei Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof ist das Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung über die Berufung nicht an den im aufgezeigten Sinn fehlerhaften Schuldspruch gebunden (RIS-Justiz RS0118870). [9] Dieser Subsumtionsfehler (Ziffer 10,) blieb allerdings fallbezogen angesichts der nach Paragraph 114, Absatz 4, FPG erfolgten Strafraumenbildung sowie des Umstands, dass er die vom Erstgericht angenommenen besonderen Erschwerungsgründe nicht tangiert (US 9), für den Angeklagten ohne Nachteil im Sinn des Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO. Bei Klarstellung durch den Obersten Gerichtshof ist das Oberlandesgericht bei seiner Entscheidung über die Berufung nicht an den im aufgezeigten Sinn fehlerhaften Schuldspruch gebunden (RIS-Justiz RS0118870).

[10] Eine Kostenersatzpflicht des Angeklagten war nicht auszusprechen, weil die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gänzlich erfolglos blieb (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 8). [10] Eine Kostenersatzpflicht des Angeklagten war nicht auszusprechen, weil die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft gänzlich erfolglos blieb (Lendl, WK-StPO Paragraph 390 a, Rz 8).

Textnummer

E140150

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2023:0150OS00135.23A.1214.000

Im RIS seit

02.01.2024

Zuletzt aktualisiert am

08.01.2026

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