

TE OGH 2016/7/14 12Os5/16a

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 14.07.2016

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 14. Juli 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 des Richteramtsanwärters Mag. Jülg, BSc, als Schriftführer in der Strafsache gegen Branko M* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Branko M*, Vladimir J* und Marko Ma* gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 30. Oktober 2015, GZ 46 Hv 46/15t-81, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung denDer Oberste Gerichtshof hat am 14. Juli 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 des Richteramtsanwärters Mag. Jülg, BSc, als Schriftführer in der Strafsache gegen Branko M* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG und weiterer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Branko M*, Vladimir J* und Marko Ma* gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 30. Oktober 2015, GZ 46 Hv 46/15t-81, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung den

Beschluss

gefasst:

Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden zurückgewiesen.

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

Den Angeklagten fallen auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch die Angeklagten Branko M* und Marko Ma* betreffende Freisprüche enthält, wurden

Branko M* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (erg§ 15 Abs 1 StGB; I./B./1./ und 2./), des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 vierter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (I./B./4./) sowie des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 4, 129 Z 1, 130 vierter Fall StGB idF BGBl I 2015/112 (II./), Branko M* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG (erg: Paragraph 15, Absatz eins, StGB; römisch eins./B./1./ und 2./), des

Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, vierter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG (römisch eins./B./4./) sowie des Verbrechens des schweren gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach Paragraphen 127, 128, Absatz eins, Ziffer 4, 129, Ziffer eins, 130, vierter Fall StGB in der Fassung BGBl I 2015/112 (römisch zwei./),

Vladimir J* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG§ 15 Abs 1 StGB (I./B./1./ und 2./) sowie des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 vierter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (I./B./4./) und Vladimir J* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG, Paragraph 15, Absatz eins, StGB (römisch eins./B./1./ und 2./) sowie des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, vierter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG (römisch eins./B./4./) und

Marko Ma* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (I./A./) und des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 15 Abs 1 StGB, § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (I./B./2./ und 3./) schuldig erkannt. Marko Ma* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 28 a, Absatz eins, zweiter und dritter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG (römisch eins./A./) und des Verbrechens des Suchtgifthandels nach Paragraph 15, Absatz eins, StGB, Paragraph 28 a, Absatz eins, fünfter Fall, Absatz 4, Ziffer 3, SMG (römisch eins./B./2./ und 3./) schuldig erkannt.

Danach haben – soweit für die Entscheidung über die Nichtigkeitsbeschwerden von Relevanz – in W* und an anderen Orten

I./ vorschriftswidrig Suchtgift in einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Mengerömisch eins./ vorschriftswidrig Suchtgift in einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (Paragraph 28 b, SMG) übersteigenden Menge

A./ aus- bzw eingeführt, und zwar Marko Ma* am 5. Juli 2015 2.411 Gramm Heroin (enthaltend zumindest 1,43 % Acetylcodein, 22,08 % Heroin und ca 0,7 % Monoacetylmorphin) von Serbien über Drittstaaten nach Österreich;

B./ anderen, nämlich einem verdeckten Ermittler,

1./ überlassen, und zwar Branko M* und Vladimir J* im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter am 23. Juni 2015 4,4 Gramm Heroin (enthaltend zumindest 1,91 % Acetylcodein, 30,17 % Heroin und ca 1 % Monoacetylmorphin);

2./ zu überlassen versucht, und zwar Branko M*, Vladimir J* und Marko Ma* im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter am 7. Juli 2015 1.500 Gramm Heroin (enthaltend zumindest 1,43 % Acetylcodein, 22,08 % Heroin und ca 0,7 % Monoacetylmorphin) zu einem Preis von 50.000 Euro;

3./ zu überlassen versucht, und zwar Marko Ma* am 7. Juli 2015 weitere 911 Gramm Heroin (enthaltend zumindest 1,43 % Acetylcodein, 22,08 % Heroin und ca 0,7 % Monoacetylmorphin);

4./ angeboten, und zwar Branko M* und Vladimir J* im bewussten und gewollten Zusammenwirken als Mittäter am 6. Juli 2015 weitere 911 Gramm Heroin (enthaltend zumindest 1,43 % Acetylcodein, 22,08 % Heroin und ca 0,7 % Monoacetylmorphin) zu einem Preis von 28.000 Euro.

Rechtliche Beurteilung

Gegen dieses Urteil richten sich die von Branko M* auf Z 5, von Vladimir J* auf Z 9 lit b und von Marko Ma* auf Z 11 d e s § 281 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten, denen keine Berechtigung zukommt. Gegen dieses Urteil richten sich die von Branko M* auf Ziffer 5,, von Vladimir J* auf Ziffer 9, Litera b und von Marko Ma* auf Ziffer 11, des Paragraph 281, Absatz eins, StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten, denen keine Berechtigung zukommt.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Branko M*:

Mit dem Vorbringen, die Urteilsannahmen zur Übergabe (US 10) von 4,4 Gramm Heroin (Schuldspruch I./B./1./) sowie zum Anbot bzw zur Übergabe von insgesamt 2,5 Kilogramm Heroin (US 11; Schuldspruch I./B./2./ und 4./) würden einzelnen Beweisergebnissen widersprechen, macht die Mängelrüge Nichtigkeit iSd Z 5 dritter Fall der Sache nach gar nicht geltend (RIS-Justiz RS0117402 [T16]). Im Übrigen war es im Sinn der Z 5 zweiter Fall nicht erörterungsbedürftig, wer von den beiden anwesenden und im bewussten und gewollten Zusammenwirken handelnden Angeklagten Branko M* und Vladimir J* die Verkaufsverhandlungen mit den verdeckten Ermittlern führte und ihnen die Suchtgiftprobe übergab. Mit dem Vorbringen, die Urteilsannahmen zur Übergabe (US 10) von 4,4 Gramm Heroin

(Schuldspruch römisch eins./B./1./) sowie zum Anbot bzw zur Übergabe von insgesamt 2,5 Kilogramm Heroin (US 11; Schuldspruch römisch eins./B./2./ und 4./) würden einzelnen Beweisergebnissen widersprechen, macht die Mängelrüge Nichtigkeit iSd Ziffer 5, dritter Fall der Sache nach gar nicht geltend (RIS-Justiz RS0117402 [T16]). Im Übrigen war es im Sinn der Ziffer 5, zweiter Fall nicht erörterungsbedürftig, wer von den beiden anwesenden und im bewussten und gewollten Zusammenwirken handelnden Angeklagten Branko M* und Vladimir J* die Verkaufsverhandlungen mit den verdeckten Ermittlern führte und ihnen die Suchtgiftprobe übergab.

Der Vorwurf undeutlicher und unklarer Feststellungen (Z 5 erster Fall) im Zusammenhang mit der Frage, wann Branko M* nur als Übersetzer fungierte und wann „ihm eine eigene Tathandlung anzulasten ist“, spricht im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Beteiligungsformen (§ 12 StGB) keine entscheidende Tatsache an (RIS-Justiz RS0117604, RS0013731). Der Vorwurf undeutlicher und unklarer Feststellungen (Ziffer 5, erster Fall) im Zusammenhang mit der Frage, wann Branko M* nur als Übersetzer fungierte und wann „ihm eine eigene Tathandlung anzulasten ist“, spricht im Hinblick auf die Gleichwertigkeit der Beteiligungsformen (Paragraph 12, StGB) keine entscheidende Tatsache an (RIS-Justiz RS0117604, RS0013731).

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Vladimir J*:

Die Rechtsrüge (Z 9 lit b) vertritt unter Verweis auf verschiedene Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR 27. 10. 2004, 39647/98 und 40461/98, Edwards und Lewis/Vereinigtes Königreich; EGMR 15. 12. 2005, 53203/99, Vanyan/Russland; EGMR 5. 2. 2008, 74420/01, Ramanauskas/Litauen; EGMR 1. 6. 2010, 28823/04, und EGMR 23. 10. 2014, 54648/09, Furcht/Deutschland) und eine Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs (vom 10. Juni 2015, 2 StR 97/14) sowie unter Bezugnahme auf den Grundsatzerlass des Bundesministeriums für Inneres zur verdeckten Ermittlung, GZ BMI-KP1000/0008/BK/5.3/2011, die Ansicht, eine Art 6 Abs 1 EMRK widersprechende und solcherart unzulässige Tatprovokation (§ 5 Abs 3 StPO) stelle - entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs (vgl dazu RIS-Justiz RS0119618, RS0116456) - ein Verfolgungshindernis dar, ohne diese Ansicht argumentativ aus dem Gesetz abzuleiten (RIS-Justiz RS0116565; zum Nichtvorliegen eines Verfolgungshindernisses vgl auch RS0116456). Die Rechtsrüge (Ziffer 9, Litera b,) vertritt unter Verweis auf verschiedene Erkenntnisse des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR 27. 10. 2004, 39647/98 und 40461/98, Edwards und Lewis/Vereinigtes Königreich; EGMR 15. 12. 2005, 53203/99, Vanyan/Russland; EGMR 5. 2. 2008, 74420/01, Ramanauskas/Litauen; EGMR 1. 6. 2010, 28823/04, und EGMR 23. 10. 2014, 54648/09, Furcht/Deutschland) und eine Entscheidung des deutschen Bundesgerichtshofs (vom 10. Juni 2015, 2 StR 97/14) sowie unter Bezugnahme auf den Grundsatzerlass des Bundesministeriums für Inneres zur verdeckten Ermittlung, GZ BMI-KP1000/0008/BK/5.3 aus 2011,, die Ansicht, eine Artikel 6, Absatz eins, EMRK widersprechende und solcherart unzulässige Tatprovokation (Paragraph 5, Absatz 3, StPO) stelle - entgegen der bisherigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs vergleiche dazu RIS-Justiz RS0119618, RS0116456) - ein Verfolgungshindernis dar, ohne diese Ansicht argumentativ aus dem Gesetz abzuleiten (RIS-Justiz RS0116565; zum Nichtvorliegen eines Verfolgungshindernisses vergleiche auch RS0116456).

Bleibt im Übrigen anzumerken:

Die am 1. Juni 2016 mit BGBl I 2016/26 in Kraft getretene Bestimmung des § 133 Abs 5 StPO sieht zwar nunmehr ein Verfolgungshindernis bei Vorliegen unzulässiger Tatprovokation vor. Die Vorschrift ist (mangels Geltung zum Zeitpunkt des Urteils erster Instanz) auf den vorliegenden Fall jedoch nicht anzuwenden (Jerabek, WK-StPO § 516 Rz 1; zur Rückwirkung von Strafgesetzen vgl auch 13 Os 127/15y; Ratz, WK-StPO § 288 Rz 35). Die am 1. Juni 2016 mit BGBl I 2016/26 in Kraft getretene Bestimmung des Paragraph 133, Absatz 5, StPO sieht zwar nunmehr ein Verfolgungshindernis bei Vorliegen unzulässiger Tatprovokation vor. Die Vorschrift ist (mangels Geltung zum Zeitpunkt des Urteils erster Instanz) auf den vorliegenden Fall jedoch nicht anzuwenden (Jerabek, WK-StPO Paragraph 516, Rz 1; zur Rückwirkung von Strafgesetzen vergleiche auch 13 Os 127/15y; Ratz, WK-StPO Paragraph 288, Rz 35).

Unzulässige Tatprovokation liegt dann vor, wenn eine Person durch dem Staat zurechenbares Verhalten zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Art 6 Abs 1 EMRK) widerstreitenden Weise verleitet wird (vgl § 5 Abs 3 StPO). Von einer legitimen verdeckten Ermittlung unterscheidet sie sich dadurch, dass sich die für den Staat Handelnden nicht auf eine im Wesentlichen passive Ermittlung strafbarer Aktivitäten beschränken, sondern einen solchen Einfluss auf die Person ausüben, dass diese zur Begehung einer Tat verleitet wird, die sie sonst nicht begangen hätte. Beurteilungskriterien hiefür sind, ob objektive Verdachtsmomente dafür bestanden haben, dass

die Person an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder der Begehung einer Straftat zugeneigt war, und ob auf sie Druck ausgeübt wurde, die Tat zu begehen. Eine im Wesentlichen passive Haltung geben die Behörden etwa dann auf, wenn die Person wiederholt kontaktiert wird, das Angebot trotz anfänglicher Weigerung wiederholt wird, die Person beharrlich aufgefordert, überredet oder unter (psychischen) Druck gesetzt wird. Kein Grund für die Annahme des Verdachts einer Beteiligung am Rauschgifthandel besteht etwa dann, wenn die Person nicht vorbestraft war, kein Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet worden war und nichts darauf hindeutete, dass sie schon tatgeneigt war, bevor sie von Polizeibeamten kontaktiert wurde (vgl. RIS-Justiz RS0130354). Unzulässige Tatprovokation liegt dann vor, wenn eine Person durch dem Staat zurechenbares Verhalten zur Begehung von strafbaren Handlungen in einer dem Grundsatz des fairen Verfahrens (Artikel 6, Absatz eins, EMRK) widerstreitenden Weise verleitet wird (vergleiche Paragraph 5, Absatz 3, StPO). Von einer legitimen verdeckten Ermittlung unterscheidet sie sich dadurch, dass sich die für den Staat Handelnden nicht auf eine im Wesentlichen passive Ermittlung strafbarer Aktivitäten beschränken, sondern einen solchen Einfluss auf die Person ausüben, dass diese zur Begehung einer Tat verleitet wird, die sie sonst nicht begangen hätte. Beurteilungskriterien hierfür sind, ob objektive Verdachtsmomente dafür bestanden haben, dass die Person an kriminellen Aktivitäten beteiligt oder der Begehung einer Straftat zugeneigt war, und ob auf sie Druck ausgeübt wurde, die Tat zu begehen. Eine im Wesentlichen passive Haltung geben die Behörden etwa dann auf, wenn die Person wiederholt kontaktiert wird, das Angebot trotz anfänglicher Weigerung wiederholt wird, die Person beharrlich aufgefordert, überredet oder unter (psychischen) Druck gesetzt wird. Kein Grund für die Annahme des Verdachts einer Beteiligung am Rauschgifthandel besteht etwa dann, wenn die Person nicht vorbestraft war, kein Ermittlungsverfahren gegen sie eingeleitet worden war und nichts darauf hindeutete, dass sie schon tatgeneigt war, bevor sie von Polizeibeamten kontaktiert wurde (vergleiche RIS-Justiz RS0130354).

In Bezug auf die dargestellten Kriterien obliegt den staatlichen Behörden die Beweislast. Soweit der vom Angeklagten erhobene Vorwurf nicht völlig unplausibel ist, haben diese zu beweisen, dass keine unzulässige Tatprovokation stattgefunden hat (EGMR 18. 12. 2014, 14212/10, Scholer/Deutschland Rz 83; EGMR 23. 10. 2014, 54648/09, Furcht/Deutschland Rz 53).

Nach den insoweit wesentlichen Urteilsannahmen wurde der unbescholtene (US 7) Vladimir J* von Christian Man*, der als registrierte Vertrauensperson (vgl. § 54b SPG) für die Polizei arbeitete (US 8, 15), im Juni 2015 im Beisein des Branko M* darauf angesprochen, ob er Drogen aus Serbien besorgen könnte, was er jedoch zunächst verneinte. Bei einem erneuten Treffen am nächsten Tag sprach ihn Christian Man*, wieder im Beisein des Branko M*, erneut darauf an und sagte ihm, dass er auch etwas daran verdienen könne. Daraufhin erklärte Vladimir J*, dass er vielleicht Heroin aus Serbien besorgen könne und nahm in der Folge Kontakt mit Marko Ma* auf, von dem er wusste, dass er zuletzt über Heroin verfügt hatte, und der tatsächlich ein Kilo Heroin und eineinhalb Kilo Streckmittel besaß. Eine von diesem übergebene Probe stellte Vladimir J* am 23. Juni 2015 einem verdeckt ermittelnden Polizeibeamten zur Verfügung, der ihm von der Vertrauensperson als russischer Bekannter, der an Suchtgiftgeschäften interessiert sei, vorgestellt worden war. In der Folge ging der verdeckte Ermittler auf das Angebot von Branko M* und Vladimir J* ein, in W* ein Kilo Heroin um 35.000 Euro anzukaufen, nachdem ihm zuvor auch ein Preis von 27.000 Euro bei Übergabe in Kroatien genannt worden war (US 9 bis 11). Nach den insoweit wesentlichen Urteilsannahmen wurde der unbescholtene (US 7) Vladimir J* von Christian Man*, der als registrierte Vertrauensperson (vergleiche Paragraph 54 b, SPG) für die Polizei arbeitete (US 8, 15), im Juni 2015 im Beisein des Branko M* darauf angesprochen, ob er Drogen aus Serbien besorgen könnte, was er jedoch zunächst verneinte. Bei einem erneuten Treffen am nächsten Tag sprach ihn Christian Man*, wieder im Beisein des Branko M*, erneut darauf an und sagte ihm, dass er auch etwas daran verdienen könne. Daraufhin erklärte Vladimir J*, dass er vielleicht Heroin aus Serbien besorgen könne und nahm in der Folge Kontakt mit Marko Ma* auf, von dem er wusste, dass er zuletzt über Heroin verfügt hatte, und der tatsächlich ein Kilo Heroin und eineinhalb Kilo Streckmittel besaß. Eine von diesem übergebene Probe stellte Vladimir J* am 23. Juni 2015 einem verdeckt ermittelnden Polizeibeamten zur Verfügung, der ihm von der Vertrauensperson als russischer Bekannter, der an Suchtgiftgeschäften interessiert sei, vorgestellt worden war. In der Folge ging der verdeckte Ermittler auf das Angebot von Branko M* und Vladimir J* ein, in W* ein Kilo Heroin um 35.000 Euro anzukaufen, nachdem ihm zuvor auch ein Preis von 27.000 Euro bei Übergabe in Kroatien genannt worden war (US 9 bis 11).

Nachdem Vladimir J* auf Vorschlag von Christian Man* Marko Ma* angewiesen hatte, seine Heroin- und Streckmittelbestände zu vermischen, brachte Letzterer am 5. Juli 2015 insgesamt 2.411 Gramm Heroin brutto von Serbien nach Österreich. Über Vermittlung der Vertrauensperson traten Branko M* und Vladimir J* neuerlich in

Kontakt mit dem verdeckten Ermittler und einem weiteren verdeckt agierenden Polizeibeamten. Vladimir J* bot ihnen nunmehr zweieinhalb Kilo Heroin an, dies mit der Begründung, dass ihm ein weiterer Kunde abgesprungen sei. Schließlich einigte man sich auf den Verkauf von eineinhalb Kilo Heroin um 50.000 Euro. Das restliche Suchtgift sollte in einigen Tagen nach Beschaffung des fixierten Restkaufpreises von 28.000 Euro übergeben werden. Anlässlich der Übergabe der eineinhalb Kilo Heroin am 7. Juli 2015 wurden die Angeklagten verhaftet. Bei den Verkaufsverhandlungen mit den verdeckten Ermittlern hat sich die – zwar anwesende – Vertrauensperson nicht beteiligt (US 11 bis 13).

Nach diesen Urteilsfeststellungen ist – vor allem im Hinblick darauf, dass der unbescholtene Vladimir J* trotz ursprünglicher Weigerung dennoch zu den in Rede stehenden Suchtgiftmanipulationen verleitet wurde – von einer unzulässigen Tatprovokation im Sinn der dargestellten Kriterien auszugehen. Ein solches Ergebnis allenfalls in Frage stellende Urteilsannahmen (etwa zu einem bereits bestehenden Tatverdacht, zur Tatgeneigtheit des Vladimir J*, zu einer bloß auf vorübergehendem Fehlen von Bezugsquellen beruhenden Weigerung) liegen nicht vor, was aber im Hinblick auf die oben genannte staatliche Beweislast nicht zum Nachteil des Angeklagten ausschlagen kann.

Abgesehen von der Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung hätte der Entscheidung des EGMR zu Furcht/Deutschland (aaO) – aufgrund des Fehlens eines Verfolgungshindernisses zum relevanten Zeitpunkt – nur im Wege einer geeigneten – aus § 281 Abs 1 Z 4 StPO bewehrten – Antragstellung in der Hauptverhandlung, die Verwendung von Beweismitteln, die mit Hilfe der verdeckten polizeilichen Ermittlungen erlangt wurden, zu unterlassen, Rechnung getragen werden können (so nunmehr jüngst auch EGMR 2. 2. 2016, 41767/093, Batista Laborde/Österreich; für die Anerkennung eines „Beweisverwertungsverbots“ auch Bugelnig, Kompensation einer unzulässigen Tatprovokation im Lichte der EGMR-Rechtsprechung, JSt 2015, 530). Abgesehen von der Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung hätte der Entscheidung des EGMR zu Furcht/Deutschland (aaO) – aufgrund des Fehlens eines Verfolgungshindernisses zum relevanten Zeitpunkt – nur im Wege einer geeigneten – aus Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 4, StPO bewehrten – Antragstellung in der Hauptverhandlung, die Verwendung von Beweismitteln, die mit Hilfe der verdeckten polizeilichen Ermittlungen erlangt wurden, zu unterlassen, Rechnung getragen werden können (so nunmehr jüngst auch EGMR 2. 2. 2016, 41767/093, Batista Laborde/Österreich; für die Anerkennung eines „Beweisverwertungsverbots“ auch Bugelnig, Kompensation einer unzulässigen Tatprovokation im Lichte der EGMR-Rechtsprechung, JSt 2015, 530).

Eine derartige Antragstellung wäre dem Beschwerdeführer trotz der bisher in der Rechtsprechung vertretenen „Strafzumessungslösung“ (vgl RIS-Justiz RS0119618) auch zuzumuten gewesen: Dass grundrechtliche Maßstäbe eines fairen Verfahrens iSd Art 6 EMRK im Wege einer auf Anerkennung eines solchen Beweisverbots gerichteten Antragstellung Berücksichtigung finden können, ergibt sich bereits aus dem Gesetz selbst (vgl § 281 Abs 1 Z 4 StPO) und ist auch in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs anerkannt (vgl RIS-Justiz RS0124168). Für die Annahme, dass der Oberste Gerichtshof trotz der Entscheidung des EGMR zu Furcht/Deutschland (aaO), mit der dieses Gericht erstmals der „Strafzumessungslösung“ eine ausdrückliche Absage erteilt hatte (EGMR aaO Rz 67 f; Czech, NL 2014, 409), auf seiner bisherigen Rechtsprechungslinie beharren werde, ergab sich kein Hinweis, zumal der Oberste Gerichtshof die Frage von Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation seither (in der Sache) nicht zu erörtern hatte (vgl 12 Os 148/15d, 14 Os 113/15x, 15 Os 89/15z, 11 Os 62/15z, 12 Os 39/15z, 15 Os 149/14x). Dazu kommt, dass dem Angeklagten bereits im relevanten Zeitpunkt Schrifttum zugänglich war, das die Strafzumessungslösung in Bezug auf die erwähnte Entscheidung des EGMR kritisch hinterfragte (so Birklbauer/Schmidhuber SbgK [2005] § 34 Rz 163 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf ein Beweisverbot). Eine derartige Antragstellung wäre dem Beschwerdeführer trotz der bisher in der Rechtsprechung vertretenen „Strafzumessungslösung“ (vergleiche RIS-Justiz RS0119618) auch zuzumuten gewesen: Dass grundrechtliche Maßstäbe eines fairen Verfahrens iSd Artikel 6, EMRK im Wege einer auf Anerkennung eines solchen Beweisverbots gerichteten Antragstellung Berücksichtigung finden können, ergibt sich bereits aus dem Gesetz selbst (vergleiche Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 4, StPO) und ist auch in der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs anerkannt (vergleiche RIS-Justiz RS0124168). Für die Annahme, dass der Oberste Gerichtshof trotz der Entscheidung des EGMR zu Furcht/Deutschland (aaO), mit der dieses Gericht erstmals der „Strafzumessungslösung“ eine ausdrückliche Absage erteilt hatte (EGMR aaO Rz 67 f; Czech, NL 2014, 409), auf seiner bisherigen Rechtsprechungslinie beharren werde, ergab sich kein Hinweis, zumal der Oberste Gerichtshof die Frage von Rechtsfolgen unzulässiger Tatprovokation seither (in der Sache) nicht zu erörtern hatte (vergleiche 12 Os 148/15d, 14 Os 113/15x, 15 Os 89/15z, 11 Os 62/15z, 12 Os 39/15z, 15 Os 149/14x). Dazu kommt, dass dem

Angeklagten bereits im relevanten Zeitpunkt Schrifttum zugänglich war, das die Strafzumessungslösung in Bezug auf die erwähnte Entscheidung des EGMR kritisch hinterfragte (so Birklbauer/Schmidhuber SbgK [2005] Paragraph 34, Rz 163 mit ausdrücklicher Bezugnahme auf ein Beweisverbot).

Mangels Antragstellung in der Hauptverhandlung kann daher dem Rechtsmittelvorbringen in Bezug auf das Vorliegen einer unzulässigen Tatprovokation gegebenenfalls nur im Rahmen der Strafzumessung Rechnung getragen werden.

Bleibt mit Blick auf § 8 OGHG anzumerken, dass die hier vertretene Ansicht des erkennenden Senats von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht, weil insoweit die – bislang uneingeschränkt vertretene – „Strafzumessungslösung“ nur mehr für den Fall unterlassener Antragstellung iSd § 281 Abs 1 Z 4 StPO greift. Die Befassung eines verstärkten Senats des Obersten Gerichtshofs war aber dennoch nicht erforderlich. Aufgrund der zwischenzeitigen Änderung der Gesetzeslage (§ 133 Abs 5 StPO) hat die vorliegend zu entscheidende Rechtsfrage nämlich keine „grundsätzliche Bedeutung“ iSd § 8 Abs 1 Z 1 OGHG mehr. Bleibt mit Blick auf Paragraph 8, OGHG anzumerken, dass die hier vertretene Ansicht des erkennenden Senats von der ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs abweicht, weil insoweit die – bislang uneingeschränkt vertretene – „Strafzumessungslösung“ nur mehr für den Fall unterlassener Antragstellung iSd Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 4, StPO greift. Die Befassung eines verstärkten Senats des Obersten Gerichtshofs war aber dennoch nicht erforderlich. Aufgrund der zwischenzeitigen Änderung der Gesetzeslage (Paragraph 133, Absatz 5, StPO) hat die vorliegend zu entscheidende Rechtsfrage nämlich keine „grundsätzliche Bedeutung“ iSd Paragraph 8, Absatz eins, Ziffer eins, OGHG mehr.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Marko Ma*:

Die Sanktionsrüge (Z 11) spricht mit dem Argument, die Tatrichter hätten den Milderungsgrund der Tatprovokation zu Unrecht nicht angenommen, nur einen Berufungsgrund an (RIS-Justiz RS0099911). Die Sanktionsrüge (Ziffer 11,) spricht mit dem Argument, die Tatrichter hätten den Milderungsgrund der Tatprovokation zu Unrecht nicht angenommen, nur einen Berufungsgrund an (RIS-Justiz RS0099911).

Bleibt im Übrigen anzumerken, dass den Feststellungen zufolge dieser Angeklagte von Christian Man* nicht einmal angesprochen wurde (US 9).

Die Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten waren daher bereits bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über die Berufungen folgt (§ 285i StPO). Die Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten waren daher bereits bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (Paragraph 285 d, StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über die Berufungen folgt (Paragraph 285 i, StPO).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 390a Abs 1 StPO. Die Kostenentscheidung beruht auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO.

Schlagworte

3 Alle Os-Entscheidungen

Textnummer

E115387

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2016:E115387

Im RIS seit

11.08.2016

Zuletzt aktualisiert am

21.03.2023

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