

TE OGH 2010/9/16 120s48/10s

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.09.2010

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 16. September 2010 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Dr. Holzweber als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Schroll, Dr. Schwab, Dr. T. Solé und die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtswärterin Mag. Prammer als Schriftführerin in der Strafsache gegen Gerhard J***** 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 gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Schöffengericht vom 13. Jänner 2009, GZ 9 Hv 11/09p-266, 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, in der rechtlichen Unterstellung der vom Schuldspruch II./ umfassten Tat unter die Qualifikation nach § 217 Abs 1 zweiter Fall StGB sowie demzufolge auch im Strafausspruch einschließlich der Vorhaftanrechnung aufgehoben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht verwiesen.

Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten fallen die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit Urteil des Landesgerichts Eisenstadt vom 13. Jänner 2010, GZ 9 Hv 11/09p-266, wurde Gerhard J***** des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 4 Z 3 SMG (I./1./), des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 zweiter Fall, Abs 3 erster Fall SMG (I./2./), des Vergehens der Vorbereitung von Suchtgifthandel nach §§ 15 StGB, 28 Abs 1 erster Fall, Abs 4 erster Fall SMG (I./3./), der Vergehen des unerlaubten Umgangs mit Suchtgiften nach § 27 Abs 1 Z 1 erster und zweiter Fall, Abs 2 SMG (I./4./), des Verbrechens des grenzüberschreitenden Prostitutionshandels nach § 217 Abs 1 (zu ergänzen:) erster und zweiter Fall StGB (II./), der Vergehen der Schlepperei nach § 114 Abs 1 FPG (zu ergänzen: idFBGBl I 2005/100) (III./) und des Verbrechens der schweren Nötigung nach §§ 105 Abs 1, 106 Abs 1 Z 1 StGB (IV./) schuldig erkannt.

Danach hat er - soweit für das Rechtsmittelverfahren von Bedeutung -

...

II./ in Wien, Nickelsdorf sowie im Raum Neusiedl am See im Zeitraum von 2004 bis 2005 gewerbsmäßig Personen, mögen sie auch bereits der Prostitution nachgegangen sein, der Prostitution in Österreich und damit in einem anderen

Staat, als in dem, dessen Staatsangehörigkeit sie besitzen oder in dem sie ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben, zugeführt, indem der gesondert verfolgte Gernot R***** die Einreise der Veronica M***** nach Österreich in Wien und im Raum Neusiedl am See sowie deren Aufenthalt und die Voraussetzungen für ihre Tätigkeit als Prostituierte organisierte, wobei er (J*****) als Mittäter mit der Genannten über Vermittlung des Gernot R***** und der Franziska Rj***** eine Scheinehe einging, sodass Veronica M***** unter Berufung auf die Eheschließung nach Österreich einreiste, wofür dem Angeklagten von Gernot R***** für die Dauer des Aufenthalts der Genannten in Österreich ein monatlicher Betrag von 600 Euro versprochen wurde;

III./ die rechtswidrige Einreise von Fremden in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union, nämlich nach Österreich, gefördert, indem er im Zeitraum von Sommer 2008 bis Oktober 2008 in Nickelsdorf die abgesondert verfolgte Eszter S***** trotz Aufenthaltsverbots in Österreich ca 10 bis 15 mal in seinem Fahrzeug von Ungarn nach Österreich brachte.

Rechtliche Beurteilung

Die gegen dieses Urteil aus den Gründen der Z 5 und 5a des§ 281 Abs 1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten erweist sich als verspätet.

Nachdem der Angeklagte durch seinen Verteidiger rechtzeitig Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung angemeldet hatte (ON 269), wurde ihm am 8. Februar 2010 die Urteilsausfertigung ordnungsgemäß zugestellt (S 78 in ON 1). Der letzte Tag der Frist zur Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde war daher gemäß § 285 Abs 1 StPO der 8. März 2010. An diesem Tag frankierte der Verteidiger den Briefumschlag, in dem sich die Rechtsmittelschrift befand, mittels Freistempelmaschine (ON 290). Dieses Kuvert wurde jedoch erst am 11. März 2010 am Postamt 1150 Wien mit einem Poststempel versehen.

Nach ständiger Judikatur sind Schriftsätze an ein Gericht nur dann als rechtzeitig überreicht anzusehen, wenn sie am letzten Tag der Frist zu einer Zeit der Post übergeben wurden, zu welcher sie nach den Einrichtungen des betreffenden Postamts noch mit dem postamtlichen Aufgabevermerk dieses Tages versehen werden können. Der Absender muss den Brief entweder am Schalter des Postamts während der Dienststunden abgeben oder die Sendung so rechtzeitig in den Postkasten einwerfen, dass die planmäßige Aushebung des Kastens noch am selben Tag erfolgt. Voraussetzung für die Rechtzeitigkeit der Postaufgabe ist also, dass das Schriftstück noch am letzten Tag der zu wahrenen Frist insoweit in „postalische Behandlung“ genommen wird, als es den Postaufgabevermerk mit dem Datum dieses Tages erhält (vgl 11 Os 8/09z). Dies trifft auf die gegenständliche Ausführung der Nichtigkeitsbeschwerde jedoch nicht zu, weil der Poststempel ein Datum trägt, das mehrere Tage nach dem Ablauf der Frist gelegen ist.

Die - im Übrigen auch inhaltlich nicht erfolgversprechende - Nichtigkeitsbeschwerde war daher gemäß§ 285d Abs 1 StPO iVm § 285a Z 2 StPO bereits bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen, weil weder bei der Anmeldung noch in einer fristgerecht eingebrachten Ausführung einer der in § 281 Abs 1 Z 1 bis 11 StPO oder im § 281a StPO angegebenen Nichtigkeitsgründe deutlich und bestimmt bezeichnet wurde.

Aus Anlass dieser Nichtigkeitsbeschwerde hat sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon überzeugt, dass dem Urteil im Schuldspruch II./ in Ansehung der Qualifikation nach § 217 Abs 1 zweiter Fall StGB ein Rechtsfehler mangels Feststellungen (§ 281 Abs 1 Z 10 StPO) anhaftet:

Nach den erstgerichtlichen Konstatierungen hatte der Angeklagte die Absicht, sich durch den wiederkehrenden Bezug von 600 Euro aus der Ausübung der Prostitution durch Veronica M*****, die als indonesische Staatsangehörige unter der Mitwirkung des Angeklagten in Österreich der Prostitution zugeführt wurde, eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (US 12).

Diese Konstatierungen reichen jedoch zur Unterstellung der Tat (auch) unter den zweiten Fall des§ 217 Abs 1 StGB nicht aus. Denn nach § 70 StGB begeht eine Tat gewerbsmäßig, wer sie in der Absicht vornimmt, sich durchihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Die einmalige Tatbegehung in der Absicht, sich (nur) daraus eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, genügt dazu nicht (vgl Jerabek in WK2 § 70 Rz 9).

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten war demnach das angefochtene Urteil in der rechtlichen Unterstellung der vom Schuldspruch II./ umfassten Tat (auch) unter die Qualifikation nach § 217 Abs 1 zweiter Fall StGB sowie demzufolge im Strafausspruch einschließlich der Vorhaftanrechnung aufzuheben und die Sache in diesem Umfang zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Erstgericht zu verweisen.

Mit seiner Berufung war der Angeklagte auf die kassatorische Entscheidung zu verweisen.

Bei der Strafneubemessung wird vom Erstgericht fallbezogen § 34 Abs 2 StGB zu beachten sein.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 390a Abs 1 StPO.

In ihrer gemäß § 285c StPO erstatteten Stellungnahme regte die Generalprokuratur an, das Rechtsmittelverfahren zu unterbrechen und gemäß Art 89 Abs 2 B-VG beim Verfassungsgerichtshof den Antrag zu stellen, § 125 Abs 12 FPG idF BGBl I 2009/122 zur Gänze, allenfalls die Anführung des § 114 FPG in dieser Bestimmung, als verfassungswidrig aufzuheben. Hiezu führte sie im Wesentlichen aus:

Abweichend von der üblichen Einsetzung einer Übergangsbestimmung, die dem § 323 Abs 2 StGB entspricht, wonach dieses Bundesgesetz in Strafsachen nicht anzuwenden ist, in denen vor seinem Inkrafttreten das Urteil erster Instanz gefällt worden ist, nach Aufhebung eines solchen Urteils infolge einer Nichtigkeitsbeschwerde, Berufung oder Wiederaufnahme des Strafverfahrens oder eines Einspruchs jedoch im Sinn der §§ 1 und 61 StGB vorzugehen ist, sieht die Übergangsbestimmung des § 125 Abs 12 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 122/2009 vor, dass die §§ 114 bis 121 dieses Bundesgesetzes idF BGBl I Nr 29/2009 - § 114 FPG konkret idF des Bundesgesetzes BGBl I 100/2005 - für strafbare Handlungen, die vor dem 1. Jänner 2010 begangen wurden, weiter gelten.

Daraus folgt, dass § 120 Abs 3 Z 1 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 122/2009 (rechtswidrige Einreise), wonach derjenige, der wissentlich die rechtswidrige Einreise oder Durchreise eines Fremden in oder durch einen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder Nachbarstaat Österreichs fördert, (nur mehr) eine Verwaltungsübertretung begeht und mit - vergleichsweise deutlich geringerer Strafe, nämlich - Geldstrafe von 1.000 bis 5.000 Euro, im Fall der Uneinbringlichkeit mit Freiheitsstrafe bis zu drei Wochen, zu bestrafen ist, ausnahmslos auf Taten anzuwenden ist, die nach dem 1. Jänner 2010 begangen worden sind.

Im österreichischen Strafrecht gilt der Grundsatz, dass Strafgesetze auf früher, also vor ihrem Inkrafttreten begangene Taten dann anzuwenden sind, wenn die Gesetze, die zur Zeit der Tat gegolten haben, für den Täter in ihrer Gesamtauswirkung nicht günstiger waren (§ 61 zweiter Satz StGB; vgl auch § 4 Abs 2 FinStrG). Durch die Übergangsbestimmung des § 125 Abs 12 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 122/2009 wird in Ansehung der hier in Rede stehenden Tatbestände der Schlepperei nach § 114 Abs 1 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 100/2005 und der rechtswidrigen Einreise (und des rechtswidrigen Aufenthalts) nach § 120 Abs 3 Z 1 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 122/2009 der Günstigkeitsvergleich nach § 61 zweiter Satz StGB (einfachgesetzlich) ausgeschlossen.

Da im vorliegenden Zusammenhang sachliche - materiellrechtliche - Gründe für den Ausschluss des - sonst allgemein gebotenen - Günstigkeitsvergleichs zum Nachteil jener Personen, die sich vor dem 1. Jänner 2010 nach § 114 Abs 1 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 100/2005 strafbar gemacht haben, nicht erkennbar sind, könnte gefolgert werden, dass § 125 Abs 12 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 122/2009 dem Gleichheitsgebot (Art 7 Abs 1 erster Satz B-VG, Art 2 StGG) widerspricht.

Verfassungsmäßige Bedenken gegen diese Bestimmung ergeben sich zudem aus Art 7 Abs 1 MRK. Wie der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte jüngst in seiner Entscheidung vom 17. September 2009, Scoppola gegen Italien, Nr 10249/03, ausgesprochen hat, beinhaltet Art 7 Abs 1 MRK nicht nur das Verbot der rückwirkenden Anwendung strengerer Strafgesetze, sondern implizit (auch) das Prinzip der Rückwirkung milderer Strafgesetze; bestehen Unterschiede zwischen dem zur Zeit der Tatbegehung geltenden Recht und späteren Strafgesetzen, die vor dem rechtskräftigen Urteil erlassen wurden, müssten die Gerichte jenes Gesetz anwenden, dessen Bestimmungen für den Angeklagten am günstigsten sind. Das strikte Gebot zur Anwendung einer älteren strengeren Strafbestimmung, wie in § 125 Abs 12 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl Nr 122/2009 (ua) in Bezug auf § 114 Abs 1 FPG idF des Bundesgesetzes BGBl I Nr 29/2009 (konkret idF des Bundesgesetzes BGBl I 100/2005) festgelegt, scheint diesem Prinzip zu widersprechen (vgl Tipold in WK² § 114 FPG Rz 33).

Der Oberste Gerichtshof vermag diese Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der Bestimmung des § 125 Abs 12 FPG idF BGBl I 2009/122 nicht zu teilen:

Selbst wenn man nach einem Teil der Lehre Ausnahmen von der einfachgesetzlichen Norm des § 61 StGB in Übergangsbestimmungen nicht als üblich und verfassungsrechtlich unproblematisch ansieht und dem Gesetzgeber keinen unbegrenzten Spielraum einräumt, die weitere Anwendbarkeit älteren, auch strengeren Rechts zu normieren (so aber Zeder in SbgK § 168b Rz 35; Durl, Bemerkungen zum Rückwirkungsverbot im Strafrecht, ÖJZ 2005, 499 [500];

Triffterer in SbgK § 61 Rz 6), sondern eine von der allgemeinen Regel des § 61 StGB abweichende Übergangsbestimmung ohne explizite Rechtfertigung als verfassungsrechtlich problematisch erachtet (idS Stockenhuber, Das neue Kartellrecht 2002 [Teil II], ÖZW 2002, 109 [110]; Fuchs, Wirtschaftsordnung durch Strafrecht? in FS Steininger [2003] 57 [67]; Tipold in WK² FPG § 114 Rz 33, der die konkrete Bestimmung des § 125 Abs 12 FPG als gleichheitswidrig einstuft, da die Strafbestimmungen des FPG ohne sachlichen Grund anders behandelt würden, als alle übrigen Strafbestimmungen [wobei anzumerken ist, dass die Übergangsbestimmung des § 125 Abs 12 FPG kein Einzelphänomen ist, siehe etwa die vergleichbaren Regelungen von § 62 Abs 2 Waffengesetz 1996, § 23 Abs 2 Außenhandelsgesetz 1995 und Art V Abs 6 des BGBl I 2002/62, mit dem das Kartellgesetz geändert wurde]), liegt eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes des Art 7 B-VG selbst bei Beachtung des aus dieser Bestimmung abgeleiteten allgemeinen Sachlichkeitsgebots (vgl. Öhlinger, Verfassungsrecht 8 Rz 767) nicht vor.

Mögen auch die Materialien zu einer sachlichen Rechtfertigung der Ausgestaltung der in Rede stehenden Übergangsbestimmung des § 125 Abs 12 FPG schweigen (konkret führen sie lediglich aus, dass aufgrund der Neuregelung der Straftatbestände die Weitergeltung [alten Rechts für Altfälle] bis zum 1. 1. 2010 normiert wird - vgl. RV 330 BlgNR 24. GP 38), muss es dem Gesetzgeber schon deshalb unbenommen bleiben, die Verlagerung des bisher nach § 114 Abs 1 FPG strafbar gehaltenen Verhaltens in den Bereich des Verwaltungsstrafrechts in der Form zu lösen, dass zum Zeitpunkt der Gesetzesänderung verwirklichte Straftaten in der gerichtlichen Zuständigkeit belassen werden, weil durch eine solcherart klare Trennung gerichtlicher und verwaltungsbehördlicher Kompetenzen ansonsten zu erwartende praktische Probleme vermieden werden, von einer derartigen Zäsur alle Normunterworfenen betroffen sind und angesichts der zum Zeitpunkt der Tatbegehung zu erwartenden Sanktion auch der Vertrauensschutz beachtet wird.

Unter dem Blickwinkel der jüngst ergangenen Entscheidung des EGMR Scoppola gegen Italien (Urteil vom 17. September 2009, Große Kammer, Nr. 10249/03) ist ein Verstoß gegen Art 7 MRK nicht erkennbar.

Festzuhalten ist zunächst, dass der Wortlaut des Art 7 MRK - wie auch vom EGMR ausgeführt - einer solchen Übergangsregelung nicht entgegensteht, weil dort - soweit hier wesentlich - nur ein Rückwirkungsverbot zum Nachteil eines Angeklagten normiert ist, aber kein Recht garantiert wird, zu einer mildereren Strafe verurteilt zu werden, die in einem nach Begehung der Tat erlassenen Gesetz vorgesehen ist.

Die Entscheidung des EGMR enthält demgemäß bloß eine ausdrücklich als abweichend von der bisherigen Rechtsprechung bezeichnete neue Auslegung von Art 7 MRK, indem sie im Wesentlichen - soweit hier von Relevanz - ausführt, die Europäische Kommission für Menschenrechte habe im Jahr 1978 (EKMR E 6. 3. 1978, X gegen Deutschland, Nr. 7900/77), festgehalten, dass Art 7 EMRK - dem Wortlaut entsprechend - keine Rückwirkung milderer Strafgesetze verlange. Dieser Rechtsanschauung habe sich der EGMR in den darauffolgenden Entscheidungen angeschlossen. Seit diesen Entscheidungen sei aber „viel Zeit vergangen“, in der wichtige - im Einzelnen angeführte - internationale Veränderungen stattgefunden hätten. Daraus leitete der Gerichtshof ab, dass sich seit der Entscheidung X gegen Deutschland in Europa und international ein Konsens entwickelt habe, wonach die Anwendung eines milderen Strafe vorsehenden strafrechtlichen Gesetzes - selbst wenn es erst nach der Begehung der Tat erlassen wurde - zu einem fundamentalen Grundsatz des Strafrechts geworden sei.

Auch wenn Art 7 MRK nicht ausdrücklich von einem Rückwirkungsgebot spreche, so schließe das Verbot der Rückwirkung strengerer Strafgesetze ein solches jedenfalls auch nicht aus. Es entspreche dem Rechtsstaatsprinzip, zu dem Art 7 MRK einen wesentlichen Beitrag leiste, von einem Gericht zu erwarten, auf jede strafbare Handlung jene Strafe anzuwenden, die der Gesetzgeber für angemessen halte. Eine schwerere Strafe bloß aus dem Grund zu verhängen, dass sie zur Zeit der Tatbegehung vorgesehen gewesen sei, würde bedeuten, die Regeln über die zeitliche Abfolge von Strafgesetzen zum Nachteil des Angeklagten anzuwenden. Es würde zudem darauf hinauslaufen, den Angeklagten begünstigende Gesetzesänderungen, die vor seiner Verurteilung erfolgen, zu missachten und weiterhin Strafen zu verhängen, die der Staat - und die Gemeinschaft, die er repräsentiert - nun für exzessiv erachte. Die Verpflichtung, von verschiedenen Strafgesetzen jenes anzuwenden, dessen Bestimmungen für den Angeklagten am günstigsten sind, sei nach den weiteren Ausführungen des EGMR eine Klarstellung der Regeln über die zeitliche Abfolge von Strafgesetzen, die mit einem weiteren wesentlichen Element von Art 7 MRK, nämlich der Vorhersehbarkeit von Strafen, im Einklang stehe. Angesichts dieser Überlegungen erachte es der Gerichtshof für notwendig, von der in X gegen Deutschland begründeten Rechtsprechung abzugehen und zu bekräftigen, dass Art 7 Abs 1 MRK nicht nur das Verbot der rückwirkenden Anwendung strengerer Strafgesetze enthalte, sondern auch implizit das Prinzip der

Rückwirkung milderer Strafgesetze. Bestünden Unterschiede zwischen einem Gesetz, welches zum Zeitpunkt der Tat gegolten hat und einem Gesetz, welches vor dem endgültigen Urteil in Kraft getreten ist, müsse das Gericht jenes Gesetz anwenden, dessen Vorschriften für den Betroffenen am günstigsten seien.

Wenngleich Grundrechte nicht nur die Gerichte, sondern auch und vor allem den Gesetzgeber der Konventionsstaaten binden (Thienel in Korinek/Holoubek, Art 7 MRK, Rz 13; zur sog „evolutiven“ Auslegung der MRK:Öhlinger, Verfassungsrecht8 Rz 687 mwN), bezieht sich die Entscheidung des EGMR ausdrücklich darauf, dass zur Zeit der Tatbegehung ein strengeres Strafgesetz anzuwenden ist als zu jenem der Urteilsfällung. Damit wird aber nicht der hier vorliegende Fall angesprochen, in dem aufgrund der in Rede stehenden Übergangsnorm (zu welcher Anordnung der Gesetzgeber auch im Lichte der referierten Entscheidung des EGMR befugt ist und woraus folgt, dass die Behandlung von Altfällen nach altem Recht als angemessen und eben nicht als exzessiv bewertet werden kann) für einen Angeklagten sowohl zur Zeit der Tatbegehung als zum Urteilszeitpunkt dasselbe Strafgesetz gilt, somit keineswegs divergente Strafdrohungen vorgesehen sind. Eine Schlechterstellung oder Benachteiligung scheidet daher von vorneherein aus.

Es bestehen daher keine Bedenken iSd Art 89 B-VG.

Schlagworte

Strafrecht

Textnummer

E95229

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2010:0120OS00048.10S.0916.000

Im RIS seit

06.11.2010

Zuletzt aktualisiert am

29.01.2013

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at