

TE OGH 2018/9/13 12Os56/18d

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 13.09.2018

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 13. September 2018 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. Ertl, LL.M., als Schriftführer in der Strafsache gegen Mohammed S***** und einen anderen Angeklagten wegen des Verbrechens der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 1 bis 3, Abs 4 erster Fall FPG über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Jugendschöffengericht vom 18. Jänner 2018, GZ 11 Hv 54/17p-226, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokurator, Generalanwalt Dr. Eisenmenger, des Angeklagten Mohammed S***** und seiner Verteidigerin Mag. Mace zu Recht erkannt:

Spruch

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, hinsichtlich Mohammed S***** in der

Subsumtion der von den Schuldsprüchen A./II./1./ und A./II./2./, soweit es die Schleppung von Husam T*****, Naima H*****, Adham K***** und Ikhlas el A***** und Harieth M***** betrifft, erfassten Taten nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 1, Z 2 und Z 3, Abs 4 erster Fall FPG idF BGBI I 2017/145 sowie in der rechtlichen Unterstellung der Taten zu A./I./1./, A./I./2./, A./II./2./ im Umfang der Schleppung von ca 20 unbekannt gebliebenen Fremden in der Nacht auf den 14. Mai 2015, A./II./3./ und A./II./4./ auch unter die Qualifikationsnorm des § 114 Abs 3 Z 3 FPG und in dem diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung) aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

Mohammed S***** hat durch die ihm zu A./II./1./ und A./II./2./, soweit es die Schleppung von Husam T*****, Naima H*****, Adham K***** und Ikhlas el A***** und Harieth M***** betrifft, angelasteten Taten die Verbrechen der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 1, Abs 4 erster Fall FPG idF BGBI I 2013/144 und zu A./I./1./, A./I./2./, A./II./2./ im Umfang der Schleppung von ca 20 unbekannt gebliebenen Fremden in der Nacht auf den 14. Mai 2015, A./II./3./ und A./II./4./ die Verbrechen der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 1 und Z 2, Abs 4 erster Fall FPG idF BGBI I 2017/145 begangen.

Er wird hiefür und für das ihm weiterhin zur Last liegende Verbrechen der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 1, Z 2 und Z 3, Abs 4 erster Fall FPG idF BGBI I 2017/145 (A./I./3./) unter Anwendung des § 28 Abs 1 StGB und unter Bedachtnahme nach § 31 Abs 1 StGB auf die Urteile des Landesgerichts Eisenstadt vom 3. Mai 2017, AZ 50 Hv 3/17z, und des Kreisgerichts Celje, Slowenien, vom 19. Februar 2016, AZ III K 37005/15, und unter Anwendung des § 19 Abs 1 JGG iVm § 5 Z 4 JGG nach § 114 Abs 4 FPG zu einer Zusatzfreiheitsstrafe von 18 Monaten verurteilt.

Die Anrechnung der Vorhaft wird dem Erstgericht überlassen.

Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde und ihrer Berufung wird die Staatsanwaltschaft auf diese Entscheidung verwiesen.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen, hinsichtlich des Mitangeklagten Ahmad al Ha***** al A***** in Rechtskraft erwachsenen, auch rechtskräftige Freisprüche enthaltenden Urteil wurde Mohammed S***** zu A.I./ und II./ – verfehlt rechtlich zusammenfassend (vgl RIS-Justiz RS0130603) – „der Verbrechen der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 1 bis 3, Abs 4 erster Fall FPG“ schuldig erkannt und hiefür unter Bedachtnahme nach §§ 31 und 40 StGB auf die Urteile des Landesgerichts Eisenstadt vom 3. Mai 2017, AZ 50 Hv 3/17z, des Kreisgerichts Celje, Slowenien, vom 19. Februar 2016, AZ III K 37005/15, sowie des Landesgerichts Korneuburg vom 17. Oktober 2016, AZ 521 Hv 9/16k, und unter Anwendung des § 19 Abs 1 (richtig:) JGG iVm § 5 Z 4 JGG nach § 114 Abs 4 FPG zu einer Zusatzfreiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt.

Danach haben

A./ Mohammed S***** und Ahmad al Ha***** al A***** in N*****, Ungarn und an anderen Orten gewerbsmäßig, „in Bezug auf jeweils mehr als drei Fremde“ und als Mitglieder einer kriminellen Vereinigung bestehend aus ihnen selbst, den bereits verurteilten Moustafa Haj*****, Azad Has*****, Saied Aj*****, Hossam D*****, Aiman G**** und Amer Da**** sowie weiteren, teilweise unbekannten Tätern im bewussten und gewollten arbeitsteiligen Zusammenwirken als Mittäter (§ 12 StGB) die rechtswidrige Einreise einer größeren Zahl von Fremden, die über keine gültigen Reisedokumente für die Einreise oder den Aufenthalt in einen/einem Mitgliedstaat der Europäischen Union und im Schengenraum verfügten, in einen Mitgliedstaat der EU, nämlich von der Türkei über Serbien und Ungarn nach Österreich und von Österreich nach Deutschland, mit dem Vorsatz gefördert, sich und Dritte durch ein dafür geleistetes Entgelt von jeweils insgesamt mehreren tausend Euro pro Geschlepptem unrechtmäßig zu bereichern, indem sie die Fremden syrischer, irakischer und anderer Herkunft nach erfolgter Organisation bereits in der Türkei, teilweise in Serbien und Ungarn, und zwar in der Nähe der serbischen Grenze und in Budapest in PKWs und Klein-LKWs aufnahmen und bis nach Österreich und teilweise nach Deutschland bzw von Österreich nach Deutschland transportierten, wobei Moustafa Haj**** und Mohammed S***** die Schleppungen zumindest ab Serbien bzw teilweise ab Bulgarien und der Türkei bis nach Österreich und Deutschland mitorganisierten, Schlepperfahrer anwarben, Fahrzeuge anmeldeten, dafür zur Verfügung stellten, per W***** Überweisungen und in Bargeldbeträgen auch Schlepperlöhne entgegennahmen, Azad Has***** die Fremden in Ungarn in die Kastenwagen verlud und sodann die Schlepperfahrten im Auftrag von Mohammed S***** als Lenker des Vorausfahrzeugs begleitete, sowie für die Bezahlung und die Schlepperlöhne der übrigen Schlepper auszahlte, und Ahmad al Ha***** al A***** ein Vertrauter von Mohammed S***** war, Schleppergelder in Ungarn abgeholt und an Mohammed S***** in W***** weitergegeben hat sowie bei der „Beladung“ der Schlepperfahrzeuge in Ungarn dabei war, diese organisierte und als Lenker von Voraus- und Begleitfahrzeugen fungierte und teilweise die Schlepperfahrer bezahlte, und zwar

I./ Mohammed S***** und Ahmad al Ha***** al A***** gemeinsam mit den bereits dafür verurteilten, zu den einzelnen Fakten genannten Mittätern, darunter auch Moustafa Haj**** und Hasan Az****:

1./ am 10. Juni 2015 von ca 30 unbekannt gebliebenen Fremden von Ungarn nach Österreich, wobei der dafür in Ungarn außer Verfolgung gesetzte Alladin Sh***** als Lenker eines Kastenwagens, deutsches Überstellungskennzeichen *****, der im Eigentum des Moustafa Haj**** stand, in Ungarn auf frischer Tat betreten wurde;

2./ in der Nacht auf den 12. Juni 2015 mit dem abgesondert verfolgten und verurteilten Amer Da*****, der die syrischen Staatsangehörigen Abdul Al*****, Samaan Mk*****, Mohammad Am*****, Hasan Alh*****, Mikhael Ab**** und weitere 20 unbekannt gebliebene syrische Staatsangehörige mit einem LKW, deutsches Kennzeichen *****, zugelassen auf Moustafa Haj*****, von Ungarn (serbische Grenze) bis nach W***** transportierte, wobei Saied Ai***** Amer Da***** beauftragte, mit ihm telefonischen Kontakt hielt, und Ai***** und D***** die Begleitfahrzeuge für die Schleppung lenkten;

3./ am 23. Juni 2015 der insgesamt 31 im Spruch genannte irakischen und syrischen Staatsangehörigen, die der abgesondert verfolgte und dafür rechtskräftig verurteilte Robert I***** in S***** nahe der ungarisch-serbischen Grenze außerhalb des Ortsgebiets in der Nacht in den von Moustafa Haj**** zur Verfügung gestellten LKW mit dem befristeten österreichischen Überstellungskennzeichen *****, aufnahm und über den Grenzübergang N***** nach Österreich transportierte, wobei die Fremden etwa fünf Stunden in einen qualvollen Zustand versetzt wurden, weil sie

sich auf engstem Raum (Laderaum von 4,30 Meter Länge, 1,75 Meter Breite, also auf 7,5 m²) aufhalten mussten, sodass pro Person eine Fläche von weniger als 0,25 m² (15 x 15 cm) verblieb und aufgrund der Hitze und stickigen Luft zwei Kinder vor dem Kollabieren waren und lediglich vier Wasserflaschen zur Verfügung standen;

II./ Mohammed S***** gemeinsam mit den bereits dafür verurteilten, in Folge genannten Mittätern, darunter auch Moustafa Haj*****, und zwar:

1./ im Zeitraum von April 2015 bis 22. Mai 2015 einer unbekannten Zahl von Fremden, deren Schleppung Moustafa Haj***** organisierte und für die er insgesamt ca 30.500 Euro erhielt;

2./ in der Nacht auf den 14. Mai 2015 in zwei Schlepperfahrten des Aiman G***** mit einem Pkw, Kennzeichen *****, der syrischen Staatsangehörigen Husam T*****, Naima H*****, Adham K*****, Ikhlas el A***** sowie Harieth M***** und Amer Da***** mit einem Kastenwagen ca 20 unbekannt gebliebener Fremder von der ungarisch-serbischen Grenze bis nach W**** und B**** organisierten;

3./ über die unter Punkt A./I./1./ bis 3./ sowie A./II./1./ und 2./ genannten Fakten hinaus von Anfang März 2015 bis Ende Juni 2015 in ca 30 Angriffen (pro Fahrt zwischen 30 und 35 Personen) zumindest weiterer 900 unbekannt gebliebener Fremder vorwiegend syrischer, afghanischer und irakischer Herkunft in Kastenwagen nach Österreich;

4./ ab Anfang Juli 2015 bis 28. September 2015 sowie außer am 24. August 2015 gemeinsam in mehrfachen Angriffen einer nicht mehr feststellbaren Zahl von mehr als 100 nicht mehr auszuforschenden Fremden.

Rechtliche Beurteilung

Gegen die Bedachtnahme nach §§ 31 Abs 1 StGB auch auf das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 17. Oktober 2016, AZ 521 Hv 9/16k, richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 11 erster Fall StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft.

Vorweg hat sich der Oberste Gerichtshof jedoch davon überzeugt, dass dem Urteil zum Nachteil des Angeklagten Mohammed S***** gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO insoweit amtswegig wahrzunehmende Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO anhaftet, als mit Blick auf §§ 1, 61 StGB zu A./II./1./ und A./II./2./, soweit der letztgenannte Schuldspruch die Schleppung von Husam T*****, Naima H*****, Adham K*****, Ikhlas el A***** und Harieth M***** in einer Fahrt mit Aiman G***** betrifft, verfehlt Urteilszeitrecht zur Anwendung kam.

Beim Günstigkeitsvergleich ist streng fallbezogen in einer konkreten Gesamtschau der Unrechtsfolgen zu prüfen, welches Gesetz in seinen Gesamtauswirkungen für den Täter vorteilhafter wäre. Diese Prüfung schlägt zu Gunsten des Tatzeitrechts aus. Nach den Feststellungen liegt dem Angeklagten in objektiver und subjektiver Hinsicht zur Last, zu A./II./1 von April bis 22. Mai 2015 eine unbekannte Zahl und zu A./II./2./ anlässlich einer der beiden in diesem Schuldspruch zusammengefassten Fahrten am 14. Mai 2015 lediglich fünf Fremde geschleppt zu haben (US 5, 12, 13).

Nach dem zu den jeweiligen Tatzeiten geltenden § 114 Abs 3 Z 2 FPG idF vor BGBI I 2015/121 war die Tat nach § 114 Abs 1 FPG nur dann entsprechend qualifiziert, wenn sie in Bezug auf eine „größere Zahl von Fremden“ begangen wurde, wobei hiefür ein Richtwert von etwa zehn Personen maßgeblich war. Eine „Zusammenrechnung“ geschleppter Personen und die Bildung einer rechtlichen Subsumtionseinheit war vom Gesetz nicht vorgesehen. Damit erweist sich die Subsumtion der Taten nach der nunmehr geltenden (ungünstigeren) Fassung des § 114 Abs 3 Z 2 FPG als verfehlt, zumal nach den Feststellungen von einer tatbestandlichen Handlungseinheit nicht auszugehen ist (zum Ganzen 12 Os 50/18x mwN). In seinen Gesamtauswirkungen (vgl. erneut RIS-JustizRS0119545; Höpfel in WK2 StGB § 61 Rz 2) war damit das Tatzeitrecht im Hinblick auf die nicht erfüllte Qualifikation nach § 114 Abs 3 Z 2 FPG idF vor BGBI I 2015/121 günstiger.

Zu den übrigen Schuldsprüchen wurden die Taten infolge Erfüllung auch der Qualifikation von § 114 Abs 3 Z 2 FPG auch nach dem Urteilszeitrecht zutreffend § 114 FPG idF BGBI I 2017/145 unterstellt.

Da die Voraussetzungen des § 114 Abs 3 Z 3 FPG jedoch nur zu A./I./3./ vorlagen, war die zu A./I./1./, A./I./2./, A./II./2./ im Umfang der Schleppung von ca 20 unbekannt gebliebenen Fremden in der Nacht auf den 14. Mai 2015, A./II./3./ und A./II./4./ erfolgte Annahme auch dieser Qualifikation aufzuheben und diese in der Sache selbst erkennend auszuschalten.

Diese Subsumtionsfehler führen zur teilweisen Kassation des Urteils, zur Aufhebung des Strafausspruchs und zur Entscheidung in der Sache selbst wie aus dem Spruch ersichtlich (§ 288 Abs 2 Z 3 StPO).

Bei der demnach erforderlichen Strafneubemessung war – wie die Staatsanwaltschaft in ihrer Sanktionsrüge (Z 11 erster Fall) zutreffend aufzeigt – davon auszugehen dass die Urteile des Kreisgerichts Celje (Slowenien) vom 19. Februar 2016, AZ III K 37005/15 (vgl Ausfertigung ON 195a S 9 ff), und des Landesgerichts Eisenstadt vom 3. Mai 2017, GZ 50 Hv 3/17z-166, nach § 31 StGB miteinander verknüpft sind, während das Urteil des Landesgerichts Korneuburg vom 17. Oktober 2016, AZ 521 Hv 9/16k (vgl ON 183), mit keinem anderen Vor-Urteil in dem von § 31 StGB bezeichneten Verhältnis steht (US 8 vorletzter Absatz; vgl Strafregisterauskunft ON 219).

Liegen zwischen Tatbegehung und Aburteilung mehrere bestrafende Urteile, ist nur dann auf alle Bedacht zu nehmen, wenn sämtliche Taten vor dem ersten Urteil liegen, somit alle Vor-Urteile durch das in § 31 Abs 1 StGB beschriebene Verhältnis verknüpft sind. Im Falle mehrerer nicht nach § 31 Abs 1 StGB verbundener Vor-Urteile ist hingegen nur auf das erste (tatnächste) Bedacht zu nehmen (RIS-Justiz RS0112524; Ratz in WK² StGB § 31 Rz 5; Fabrizy StGB12 § 31 Rz 11; Leukauf/Steininger/Tipold, StGB4 § 31 Rz 15; Tischler SbgK § 31 Rz 13).

Im vorliegenden Fall hätte das Kreisgericht Celje anlässlich seiner Urteilsfällung am 19. Februar 2016 nicht auch jene Straftat vom 30. August 2016 aburteilen können, die Gegenstand des Urteils des Landesgerichts Korneuburg vom 17. Oktober 2016 war. Folglich war daher bloß auf das erste Urteil, nämlich jenes des Kreisgerichts Celje, und das mit diesem nach § 31 Abs 1 StGB verknüpfte Urteil des Landesgerichts Eisenstadt vom 3. Mai 2017, nicht jedoch auf jenes des Landesgerichts Korneuburg Bedacht zu nehmen.

Als erschwerend wertete der Oberste Gerichtshof das Zusammentreffen von Verbrechen, deren mehrfache Qualifikation, die hohe Zahl der Angriffe und der geschleppten Personen sowie die führende Position innerhalb der kriminellen Vereinigung, als mildernd hingegen die Unbescholtenheit, das Alter unter 21 Jahren und das zum Teil reumütige Geständnis.

Bei einem Strafrahmen von bis zu zehn Jahren und unter Berücksichtigung der in den (verbliebenen) Vor-Urteilen im Sinn der §§ 31, 40 StGB ausgesprochenen Freiheitsstrafen von insgesamt 30 Monaten erachtete der Oberste Gerichtshof eine Zusatzfreiheitsstrafe von 18 Monaten als dem Unrecht der Taten und der Schuld des Mohammed S***** angemessen.

Die Anrechnung der Vorhaft war dem Erstgericht zu überlassen.

Mit ihrer Nichtigkeitsbeschwerde und ihrer Berufung war die Staatsanwaltschaft auf diese Entscheidung zu verweisen.

Da die Nichtigkeitsbeschwerde aufgrund einer amtswegigen Maßnahme gegenstandslos geworden ist, trifft den Angeklagten keine Verpflichtung zum Kostenersatz (vgl Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12 mwN).

Textnummer

E122820

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2018:0120OS00056.18D.0913.000

Im RIS seit

10.10.2018

Zuletzt aktualisiert am

10.10.2018

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