

# TE OGH 2020/6/5 150s7/20y

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 05.06.2020

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 5. Juni 2020 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher als Vorsitzenden sowie den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Mag. Lendl und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Michel-Kwapinski, Mag. Fürnkranz und Dr. Mann in Gegenwart der Schriftführerin Mag. Walter, LL.M., LL.M., BA, in der Strafsache gegen Zahir S\*\*\*\*\* 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 des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Schöffengericht vom 17. September 2019, GZ 8 Hv 2/19x-1358b, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld werden zurückgewiesen.

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Einziehungserkenntnis betreffend „das sichergestellte Suchtgift“ aufgehoben und die Sache in diesem Umfang an das Bezirksgericht Salzburg verwiesen.

Zur Entscheidung über die (verbleibende) Berufung werden die Akten zunächst dem Oberlandesgericht Wien zugeleitet.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil, das auch einen (rechtskräftigen) Freispruch enthält, wurde Zahir S\*\*\*\*\* der Verbrechen der Schlepperei nach § 114 Abs 1, Abs 3 Z 2 und Abs 4 erster Fall FPG (A./I./ und II./), jeweils eines Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter Fall, Abs 2 Z 2 und Abs 4 Z 3 SMG (B./II./3./) und nach § 12 zweiter Fall StGB, § 28a Abs 1 zweiter und dritter Fall, Abs 2 Z 2 und Abs 4 Z 3 SMG (C./), des Vergehens der falschen Beweisaussage nach § 288 Abs 1 StGB (1./) sowie mehrerer Vergehen der schweren Nötigung nach §§ 15, 105 Abs 1, 106 Abs 1 Z 1 StGB (2./) schuldig erkannt.

Danach hat er

„Erstens“

A./ von 1. Jänner 2015 bis Ende Oktober 2015 in N\*\*\*\*\* und an anderen Orten als Mitglied einer kriminellen Vereinigung bestehend aus Najibullah K\*\*\*\*\*, Jiri L\*\*\*\*\*, Mujahid H\*\*\*\*\*, Jiri V\*\*\*\*\*, Sudhir A\*\*\*\*\* und weiteren unbekanntem Tätern die rechtswidrige Einreise „einer größeren Zahl von Fremden“, die über keine gültigen Einreisepapiere für den Schengenraum verfügten, in einen Mitgliedstaat der Europäischen Union, nämlich von Ungarn

nach Österreich, mit dem Vorsatz gefördert, sich und Dritte durch ein dafür geleistetes Entgelt von mehreren tausend Euro unrechtmäßig zu bereichern, und zwar

I./ im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit Jiri L\*\*\*\*\*, Mujahid H\*\*\*\*\*, Najibullah K\*\*\*\*\* als Mittäter (§ 12 StGB), indem unbekannt gebliebene Fahrer in zwei Angriffen jeweils zumindest 20 Fremde in der Nähe von Sz\*\*\*\*\* in ihr Fahrzeug aufnahmen und nach Österreich bis kurz hinter die Grenze bei N\*\*\*\*\* brachten, wobei H\*\*\*\*\* die Fahrten organisierte und koordinierte und S\*\*\*\*\* und K\*\*\*\*\* die Fahrer und Jiri L\*\*\*\*\*, der das Vorausfahrzeug lenkte, rekrutierten, als Beifahrer im Begleitfahrzeug fungierten und während der Fahrten telefonischen Kontakt zu den Schlepperfahrern hielten, sie dirigierten und vor Polizeikontrollen warnten;

II./ im Oktober 2015 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit Jiri L\*\*\*\*\*, Mujahid H\*\*\*\*\*, Najibullah K\*\*\*\*\*, Michal P\*\*\*\*\* und Jiri V\*\*\*\*\* als Mittäter (§ 12 StGB) die Einreise von 32 Fremden, wobei S\*\*\*\*\* den Ankauf des Schlepperfahrzeugs beauftragte und dafür 4.000 Euro zur Verfügung stellte und H\*\*\*\*\* die Fahrten organisierte und koordinierte;

B./II./3./ von Frühjahr 2016 bis 29. Mai 2017 in S\*\*\*\*\* als Mitglied einer kriminellen Vereinigung (US 12: bestehend aus Mohammed Kh\*\*\*\*\*, Kambez N\*\*\*\*\*, Michal L\*\*\*\*\*, Jiri L\*\*\*\*\* und weiteren unbekannt Tatern) vorschriftswidrig Suchtgift in einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge, nämlich insgesamt 37 kg Cannabisblüten, gewinnbringend anderen überlassen, und zwar

a./ von März 2017 bis 26. Mai 2017 1.000 Gramm Cannabisblüten (beinhaltend 80 Gramm THCA und 20 Gramm Delta-9-THC) an Mohammed Kh\*\*\*\*\* zum Bunkern;

b./ von Herbst 2016 bis 29. Mai 2017 zumindest 2.000 Gramm Cannabisblüten (beinhaltend 160 Gramm THCA und 40 Gramm Delta-9-THC) an Kambez N\*\*\*\*\* zum Weiterverkauf;

c./ unentgeltlich geringe Mengen an Michal L\*\*\*\*\*;

d./ zumindest 34 kg Cannabisblüten (beinhaltend [19 % = richtig:] 6.460 Gramm THCA und 340 Gramm Delta-9-THC), die zuvor über Mohamed D\*\*\*\*\* in drei Öfen aus der Ukraine nach Österreich geliefert worden waren (vgl C./), an unbekannt gebliebene Übernehmer;

C./ von Sommer 2016 bis Ende Mai 2017 in S\*\*\*\*\*

als Mitglied einer kriminellen Vereinigung (bestehend aus Mohamed D\*\*\*\*\*, Muddsar A\*\*\*\*\*, Oleksii Na\*\*\*\*\* und anderen Mittätern) in mehrfachen Angriffen unbekannt Lieferanten zur (US 15: Aus- und) Einfuhr einer das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge an Suchtgift, nämlich insgesamt 34 kg Cannabisblüten (beinhaltend zumindest „2.720 Gramm“ THCA und „680 Gramm“ Delta-9-THC), in zumindest drei Öfen aus der Ukraine (US 15: nach Österreich) sowie

als Mitglied der zu B./II./3./ dargestellten kriminellen Vereinigung (vgl US 12, 16) Michal L\*\*\*\*\* und Jiri L\*\*\*\*\* zur (US 16: Aus- und) Einfuhr von jeweils zumindest 1 kg Cannabisblüten (US 16: jeweils beinhaltend 80 Gramm THCA und 20 Gramm Delta-9-THC) aus der Tschechischen Republik nach Österreich

bestimmt, indem er die Suchtgiftmengen bei seinen Lieferanten bestellte;

„Zweitens“

1./ am 8. April 2019 in E\*\*\*\*\* vor Gericht als Zeuge bei seiner förmlichen Vernehmung zur Sache falsch ausgesagt, indem er in der Hauptverhandlung im Verfahren gegen Mohamed D\*\*\*\*\* zu AZ 12 Hv 31/18i des Landesgerichts Eisenstadt sinngemäß angab, er habe nicht gewusst, dass in seiner Wohnung mit Drogen gehandelt werde, sowie auf Nachfrage durch die Vorsitzende, ob er im Nachhinein erfahren habe, dass Öfen voll mit Suchtgift in seiner Wohnung gewesen wären und ob er aufgeschnittene Öfen gesehen hätte oder das Aufschneiden mitbekommen hätte, angab, er habe nichts gesehen, sondern sei dauernd „high“ gewesen und es sei möglich, dass das passiert sei, aber er wäre dauernd bekifft gewesen und habe erst nach seiner Festnahme erfahren, was in seiner Wohnung passiert sei, sowie auf die Frage der Vorsitzenden, ob er Cannabis für den Angeklagten D\*\*\*\*\* weiterverkauft habe, angab, dass er nichts gemacht habe;

2./ Mohammed Kh\*\*\*\*\* durch gefährliche Drohung mit dem Tod zu einer Handlung, nämlich einer Falschaussage vor der Polizei bzw vor Gericht dahingehend, dass die bei „ihm“ aufgefundenen Drogen ihm selber und nicht S\*\*\*\*\* gehörten, zu nötigen versucht, und zwar

a./ im Zeitraum von 31. Mai 2017 bis 17. November 2017 in E\*\*\*\*\* in vier Angriffen durch die sinngemäßen Äußerungen, er werde ihn umbringen, wenn er seine Aussage nicht zurücknehme und nicht sage, dass die Drogen ihm (Kh\*\*\*\*\*) gehörten;

b./ am 11. oder 12. Dezember 2017 in S\*\*\*\*\* durch die sinngemäße Aussage, wenn Kh\*\*\*\*\* nicht angebe, dass es sich um seine (Kh\*\*\*\*\*s) Drogen handle, würde er ihn nach Rumänien entführen und dort zerstückeln;

c./ am 8. April 2019 in E\*\*\*\*\* durch die Aussage, er wisse genau, was er mit Kh\*\*\*\*\* mache, wenn dieser die Aussage nicht zurücknehme.

### **Rechtliche Beurteilung**

Dagegen richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 4 und 5 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten, die ihr Ziel verfehlt.

Die gegen die Abweisung zweier Beweisanträge gerichtete Verfahrensrüge (Z 4) ist schon deshalb erfolglos, weil sie die bei – wie hier – umfangreichem Aktenmaterial gebotene Angabe der Fundstelle der Antragstellung unterlässt (RIS-Justiz RS0124172).

Weiters nennt der Antrag auf Einholung eines neuropsychiatrischen Gutachtens kein Beweisthema und wurde daher zu Recht abgewiesen (vgl RIS-Justiz RS0099301). Ein bloßer Verweis auf den vor der Hauptverhandlung eingebrachten schriftlichen Beweisantrag vermag eine der Verfahrensordnung entsprechende Antragstellung in der Hauptverhandlung nicht zu ersetzen (RIS-Justiz RS0099178, RS0099511). Im Übrigen unterblieb selbst unter Berücksichtigung des schriftlichen Vorbringens (ON 1180) die Einholung eines Gutachtens ohne Verletzung von Verteidigungsrechten. Welche im Verfahren hervorgekommenen tatsächlichen Umstände es dem erkennenden Schöffengericht erlaubt hätten, mit Hilfe des besonderen Fachwissens eines Sachverständigen zu den für den rechtlichen Schluss auf Zurechnungsunfähigkeit erforderlichen Feststellungen zu gelangen, ließ der Antrag nämlich nicht erkennen (RIS-Justiz RS0097641, RS0119248).

Ebenso war der Antrag auf Vernehmung der „damaligen tätigen Justizwachebeamten“ mangels Darlegung, weshalb das behauptete Ergebnis, wonach diese „die Angeklagten“ auf sämtlichen Wegen in der Justizanstalt begleiten und es „keine Kontaktmöglichkeit mit anderen Mithäftlingen gegeben haben kann“, zu erwarten wäre, auf im Hauptverfahren unzulässige Erkundungsbeweisführung gerichtet (RIS-Justiz RS0099353).

Die in der Beschwerdeschrift zur Antragsfundierung nachgetragenen Argumente unterliegen dem sich aus dem Wesen des vorangezogenen Nichtigkeitsgrundes ergebenden Neuerungsverbot und sind daher unbeachtlich (RIS-Justiz RS0099618).

Entgegen der Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) behauptenden Mängelrüge zu „Erstens“ A./ wurde vom Schöffensenat sowohl die Schulden bei S\*\*\*\*\* bestreitende Aussage der Mitangeklagten Jindriska Kl\*\*\*\*\* (US 26 f) als auch die verblasste Erinnerung des Mitangeklagten Jiri L\*\*\*\*\* in der Hauptverhandlung (US 25 f) erörtert.

Die Verantwortung des Angeklagten hat das Erstgericht ebenso berücksichtigt (zu den Schleppungen: US 23 ff; zu den Suchtgiftdelikten: US 29, 31 f), diese allerdings als nicht schlüssig verworfen (US 27, 31 f). Schon aus diesem Grund – und dem Gebot gedrängter Darstellung in den Entscheidungsgründen (§ 270 Abs 2 Z 5 StPO) folgend – bestand keine Verpflichtung zu einer Erörterung dieser Aussage in all ihren Details (RIS-Justiz RS0098778).

Die Feststellungen zur Begehung der Schlepperei (Erstens A./) als Mitglied einer kriminellen Vereinigung blieben dem weiteren Vorbringen zuwider nicht offenbar unbegründet (Z 5 vierter Fall), sondern wurden (insbesondere) aus den als glaubhaft eingestuften Angaben des Jiri L\*\*\*\*\* vor der Polizei abgeleitet (US 26 ff). Soweit die Beschwerde eine Begründung für die Konstatierungen zum Bereicherungsvorsatz vermisst, vernachlässigt sie die – nicht zu beanstandende – Ableitung der Feststellungen zur subjektiven Tatseite aus dem äußeren Tatgeschehen (US 28 f; vgl RIS-Justiz RS0116882).

Die Kritik, das Erstgericht habe „keine Feststellungen“ dazu getroffen, dass Mujahid H\*\*\*\*\* seinen eigenen Angaben zufolge den Beschwerdeführer noch nie gesehen habe, legt nicht dar, weshalb eine solche Konstatierung erforderlich

wäre (RIS-Justiz RS0116565). Unter dem Aspekt der Z 5 zweiter Fall bedurfte die betreffende Aussage keiner gesonderten Erörterung, steht sie doch der Feststellung der Mitgliedschaft beider an derselben kriminellen Vereinigung (US 8) – die keine persönliche Bekanntschaft voraussetzt (RIS-Justiz RS0086779; zuletzt 11 Os 65/19x) – nicht entgegen.

Der – soweit deutlich und bestimmt vorgebracht – die Suchtgiftübergaben an Kh\*\*\*\*\* und N\*\*\*\*\* (Erstens B./II./3./a./ und b./) betreffenden Mängelrüge (Z 5 zweiter und vierter Fall) ist voranzustellen:

Die Tatrichter gingen von einer – mit jeweils auf das Überschreiten des Fünfundzwanzigfachen der Grenzmenge gerichteten Additionswillen – in einer Mehrzahl von (solcherart im Rahmen einer tatbestandlichen Handlungseinheit gesetzten) Angriffen eingeführten Menge von insgesamt 36 kg (Erstens C./; US 4, 14–17) und überlassenen Menge von insgesamt 37 kg (Erstens B./II./3./; US 3 f, 12 ff, 17) Cannabisblüten „unterschiedlicher Qualität“ aus. Das aus der Ukraine eingeführte Suchtgift (zumindest 34 kg) enthielt „zumindest 2.720 g THCA und 680 g Delta-9-THC“ (Erstens C./; US 15), das aus der Tschechischen Republik eingeführte Suchtgift (zumindest 2 kg) zumindest 80 Gramm THCA und 20 Gramm Delta-9-THC pro kg (Erstens C./; US 16). Das an Kh\*\*\*\*\* überlassene Suchtgift (Erstens B./II./3./a./) enthielt 80 Gramm THCA und 20 Gramm Delta-9-THC (US 17), das an N\*\*\*\*\* überlassene Suchtgift (Erstens B./II./3./b./) 160 Gramm THCA und 40 Gramm Delta-9-THC (US 17) sowie das aus der Ukraine stammende, an unbekannte Abnehmer überlassene Suchtgift (Erstens B./II./3./d./) mit einem durchschnittlichen Reinheitsgehalt von „19 % THCA und 1 % Delta-9-THC“ (zumindest 34 kg), also „6.640“ (erkennbar gemeint: 6.460) Gramm THCA und „340“ Gramm Delta-9-THC (US 17 f). Allein das aus der Ukraine stammende Suchtgift umfasste demnach in jedem Fall eine das Fünfundzwanzigfache der festgelegten Grenzmenge weit übersteigende Menge, weil bei 34 kg schon die Zugrundelegung von (zumindest) einem Reinheitsgrad von (nur) 8 % reinem THCA und 2 % reinem Delta-9-THC (vgl. Erstens C./; US 15) das Achtundsechzigfache der Grenzmenge (40 g) an reinem THCA und das Vierunddreißigfache der Grenzmenge (20 g) an reinem Delta-9-THC ergibt.

Der Entfall einzelner (jeweils auf Teilmengen davon bezogener) Ausführungshandlungen der tatbestandlichen Handlungseinheit oder eine Reduktion (des Reinheitsgrades) der tatverfangenen Teilmengen wäre für die Subsumtionsfrage nur insoweit bedeutsam, als dadurch das insgesamt tatverfangene Suchtgiftquantum nicht einmal mehr – wie zur Tatbestandsverwirklichung nach § 28a Abs 4 Z 3 SMG erforderlich – das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge überschreiten würde (vgl. RIS-Justiz RS0127374; 11 Os 11/20g; 13 Os 55/19s).

Nach den oben dargestellten – von der Beschwerde nicht bestrittenen – Konstatierungen zu B./II./3./d./ hat der Beschwerdeführer 34 kg Cannabisblüten mit einer für sich jedenfalls bereits das Fünfundzwanzigfache der Grenzmenge des § 28b SMG überschreitenden Quantität an Suchtgift an unbekannte Abnehmer überlassen (US 17 f). Mit dem Einwand unzureichender Begründung des konstatierten Reinheitsgehalts der von B./II./3./a./ und b./ umfassten Suchtgiftmengen (US 13 f) spricht die Mängelrüge (Z 5 vierter Fall) somit keine (für die Schuld- oder Subsumtionsfrage) entscheidende Tatsache an (RIS-Justiz RS0106268).

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO), woraus die Zuständigkeit des Oberlandesgerichts Wien zur Entscheidung über die Berufung des Angeklagten wegen des Ausspruchs über die Strafe folgt (§ 285i StPO).

Die angemeldete, im kollegialgerichtlichen Verfahren nicht vorgesehene (als „Nichtigkeitsbeschwerde wegen [...] Schuld“ bezeichnete) Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld (§ 283 Abs 1 StPO; vgl. ON 1360) war als unzulässig zurückzuweisen (§§ 296 Abs 2, 294 Abs 4 StPO).

Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerde überzeugte sich der Oberste Gerichtshof, dass das Einziehungserkenntnis mit nicht geltend gemachter Nichtigkeit (Z 11 erster Fall) behaftet ist, die sich zum Nachteil des Angeklagten auswirkt und demnach von Amts wegen wahrzunehmen war (§ 290 Abs 1 zweiter Satz erster Fall StPO). Die bloße Bezugnahme auf das „sichergestellte Suchtgift“ determiniert nämlich den Gegenstand der Einziehung nicht (RIS-Justiz RS0121298 [T9]).

Die im zweiten Rechtsgang im selbständigen Verfahren mögliche Entscheidung über den Antrag der Staatsanwaltschaft auf Einziehung (ON 1101 S 15) kommt dem für den Tatort in S\*\*\*\*\* zuständigen Bezirksgericht Salzburg zu (§§ 445 Abs 3, 288 Abs 2 Z 3 StPO; RIS-Justiz RS0100318 [T6, T7]).

Zunächst wird das Oberlandesgericht über die (verbleibende) Berufung zu entscheiden haben (§ 285i StPO).

Die Kostenentscheidung, welche die amtswegige Maßnahme nicht umfasst (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12), beruht auf § 390a Abs 1 StPO.

**Textnummer**

E128347

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2020:0150OS00007.20Y.0605.000

**Im RIS seit**

23.06.2020

**Zuletzt aktualisiert am**

23.06.2020

**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](http://www.jusline.at)