



IM NAMEN DER REPUBLIK

Der Oberste Gerichtshof hat am 30. April 2025 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Prof. Dr. Lässig als Vorsitzenden sowie die Hofrätin des Obersten Gerichtshofs Mag. Michel, den Hofrat des Obersten Gerichtshofs Dr. Oberressl und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Dr. Brenner und Dr. Setz-Hummel LL.M. in Gegenwart der Schriftführerin Rechtspraktikantin Boyer LL.M. (WU), LL.M. in der Strafsache gegen * I* wegen des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter und sechster Fall, Abs 4 Z 3 SMG und § 15 StGB sowie einer weiteren strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichts für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 4. November 2024, GZ 45 Hv 62/23z-93, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Verfallsausspruch aufgehoben und es wird die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht für Strafsachen Wien verwiesen.

Die Nichtigkeitsbeschwerde im Übrigen wird zurückgewiesen.

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

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

G r ü n d e :

[1] Mit dem angefochtenen Urteil wurde * I* des Verbrechens des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 fünfter und sechster Fall, Abs 4 Z 3 SMG und § 15 StGB (I) sowie des Verbrechens der Geldwäscherei nach § 165 Abs 2 „erster“, zweiter, dritter und fünfter Fall, Abs 4 erster Fall StGB (II [zur rechtlichen Gleichwertigkeit der Begehungsformen *Kirchbacher/Ifsits* in WK² StGB § 165 Rz 18, zur Abgrenzung zwischen den ersten beiden Fällen des § 165 Abs 2 StGB *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB¹⁴ § 165 Rz 9) schuldig erkannt.

[2] Danach hat er in W*

I) vorschriftswidrig Suchtgift, nämlich Kokain mit zumindest 40 % Reinsubstanz Cocain, in einer das 25-Fache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge anderen überlassen (1–6 und 8–11) und durch die im Urteil beschriebene Weise zu verschaffen versucht (7), und zwar

- 1) am 5. September 2020 im Auftrag des abgesondert verfolgten * P* sieben Kilogramm,
- 2) am 25. September 2020 fünf Kilogramm,
- 3) am 5. Oktober 2020 sechs Kilogramm,
- 4) am 9. oder am 10. Oktober 2020 im Auftrag des abgesondert verfolgten * P* fünfzehn Kilogramm,
- 5) am 3. November 2020 und am 4. November 2020 insgesamt sieben Kilogramm,
- 6) am 13. November 2020 fünf Kilogramm,
- 7) am 21. November 2020 eine nicht mehr feststellbare Menge,
- 8) am 24. November 2020 zwei Kilogramm,
- 9) am 20. Dezember 2020 sechs Kilogramm,

10) am 29. September 2020 sechs Kilogramm und
11) am 7. Dezember 2020 ein Kilogramm sowie

II) Vermögensbestandteile in einem insgesamt 50.000 Euro übersteigenden Wert „erworben“, sonst an sich gebracht, besessen und einem anderen übertragen, wobei er zur Zeit des Erlangens wusste, dass diese aus einer kriminellen Tätigkeit anderer, nämlich aus Verbrechen des Suchtgifthandels nach § 28a Abs 1 und 4 SMG des abgesondert verfolgten * P* und seiner Mittäter, stammen, indem er

1) am 12. Juni 2020 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten * P* als Mittäter (§ 12 erster Fall StGB) 150.000 Euro an einen anderen übergab,

2) am 18. Juni 2020 im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten * P* als Mittäter (§ 12 erster Fall StGB) 99.840 Euro von einem anderen übernahm,

3) am 29. Juli 2020 im Auftrag des abgesondert verfolgten * P* 19.050 Euro von einem anderen übernahm,

4) am 28. August 2020 im Auftrag des abgesondert verfolgten * P* 80.000 Euro an einen anderen übergab,

5) am 29. September 2020 126.525 Euro von einem anderen übernahm,

6) am 30. September 2020 im Auftrag des abgesondert verfolgten * P* 150.000 Euro an einen anderen übergab,

7) am 20. Oktober 2020 im Auftrag des abgesondert verfolgten * P* 80.000 Euro von einem anderen übernahm,

8) am 30. Oktober 2020 im Auftrag des

abgesondert verfolgten * P* 12.000 Euro von einem anderen übernahm,

9) am 5. November 2020 einen nicht mehr feststellbaren Geldbetrag von einem anderen übernahm,

10) am 18. November 2020 80.000 Euro von einem anderen übernahm,

11) am 27. November 2020 145.000 Euro von einem anderen übernahm,

12) am 3. Dezember 2020 41.250 Euro von einem anderen übernahm,

13) am 3. November 2020 37.500 Euro von einem anderen übernahm,

14) am 1. Dezember 2020 10.000 Euro vom abgesondert verfolgten * M* übernahm,

15) am 7. Dezember 2020 im Rahmen der zu I/11 umschriebenen Übergabe 4.000 Euro dem abgesondert verfolgten * M* übergab und

16) am 14. Dezember 2020 10.000 Euro vom abgesondert verfolgten * M* übernahm.

[3] Nach § 20 Abs 3 StGB hat das Gericht einen Betrag von 661.165 Euro für verfallen erklärt.

[4] Gegen das Urteil richtet sich die auf § 281 Abs 1 Z 4, 5 und 11 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten.

[5] Der Beschwerdeführer kritisiert zunächst die Abweisung (ON 92 S 22) seines in der Hauptverhandlung am 23. September 2024 (ON 86 S 11) gestellten Antrags, „Erwähnungen in Vorträgen sowie Verlesungen und sonstige[s] Vorkommen der Chatnachrichten, eine zusammenfassende Sachverhaltsdarstellung aus bloßen Schilderungen samt den erstellten kopierten Chatnachrichten aus bloßen Tabellen Dokumenten sowie eine unzulässige

Würdigung von Berichten, insbesondere ON 2.70.1, ON 46, Tabellendokumenten insb. ON 8, ON 25, 26, und sog 'Amtsvermerken' insbesondere ON 3.71, 4.72, 6, 16, der Kriminalpolizei zu unterlassen und zu unterbinden“, wobei er dazu vorbrachte, dass diese Schriftstücke „keine Beweisergebnisse“ und „nicht beweiserheblich“ seien.

[6] Indem der Antrag solcherart nicht deutlich und bestimmt (RIS-Justiz RS0118060) erkennen ließ, warum diese Aktenteile nicht Eingang in die Hauptverhandlung finden sollten, geht die Verfahrensrüge (Z 4) in diesem Umfang von vornherein ins Leere.

[7] Bei der Rüge von Verfahrensmängeln kann nur die unrichtige Entscheidung in der jeweiligen (prozessualen) Rechtsfrage beim Rechtsmittelgericht geltend gemacht werden. Die Sachverhaltsgrundlage dieser Entscheidung, über die das Schöffengericht in freier Beweiswürdigung zu entscheiden hatte, ist im Verfahren über die Nichtigkeitsbeschwerde der Überprüfung nur dahin zugänglich, ob das Gericht diese in formal einwandfreier Weise, also nicht willkürlich, geschaffen hat (RIS-Justiz RS0118977; *Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 40 f).

[8] Die Abweisung (ON 92 S 22 f) der weiteren gegen das Vorkommen der Chatnachrichten in der Hauptverhandlung gerichteten Anträge erfolgte auf der Basis der Annahme, dass ein vom Messenger-Dienst SKY-ECC benutzter Server in Frankreich sichergestellt worden ist und die darauf befindlichen Daten durch ausländische Behörden nachträglich entschlüsselt und ausgewertet worden sind (US 5 f und 8 f).

[9] Diese Sachverhaltsgrundlage kritisiert die Verfahrensrüge, weil die Tatrichter die Angaben des Zeugen Insp. H*, „siehe da, wenn wir die historischen Daten erhalten

haben, auch wenn es nicht aktuell war, haben wir die Polizei hingeschickt und es wurden die Drogen dort hingeliefert. Das was kommuniziert wurde, konnten wir bestätigen“ (ON 92 S 21), nicht ausdrücklich gewürdigt (Z 5 zweiter Fall) haben. Aus dieser Aussage soll sich ergeben, dass die (den Angeklagten betreffenden) Daten vom Juni bis zum Dezember 2020 nicht erst durch die Sicherstellung des Servers im März 2021 gewonnen worden seien.

[10] Diese Aussagepassage steht aber schon deshalb in keinem erörterungsbedürftigen Widerspruch zur der Antragsabweisung zugrunde gelegten Sachverhaltsgrundlage, weil sich die Angaben des Zeugen nach dem ungerügten Protokoll über die Hauptverhandlung nicht auf den Krypto-Messenger-Dienst SKY-ECC, sondern auf den Krypto-Messenger-Dienst Anom bezogen haben (ON 92 S 15 und 21).

[11] Im Weiteren wird die dargestellte Sachverhaltsgrundlage nicht nach Maßgabe einer Mängel- oder Tatsachenrüge (Z 5 oder Z 5a des § 281 Abs 1 StPO [*Ratz*, WK-StPO § 281 Rz 40 und 49 f; RIS-Justiz RS0118977 und RS0118016]) in Frage gestellt.

[12] Ausgehend von der somit nicht erfolgreich bekämpften Sachverhaltsgrundlage des kritisierten Beschlusses handelt es sich bei den in Rede stehenden Kommunikationsdaten aber gerade nicht um Ergebnisse einer nach dem fünften Abschnitt des achten Hauptstücks der StPO durchgeführten Ermittlungsmaßnahme. Die dargestellte Vorgangsweise ausländischer Behörden unterliegt – wie der Oberste Gerichtshof bereits mehrfach betont hat – nicht dem Beweisverwendungsverbot des § 140 Abs 1 StPO (RIS-Justiz RS0119110 [T11], zu SKY-ECC jüngst 11 Os 85/24w). Ebenso wenig fällt sie unter das Reglement des § 55a Z 13 EU-JZG

(11 Os 147/24p).

[13] Der Einwand, die ausländischen Strafverfolgungsbehörden hätten entgegen Art 31 RL-EEA die österreichischen Behörden nicht von der (auch) im Hoheitsgebiet Österreichs erfolgten Überwachung verschlüsselter Kommunikation unterrichtet, lässt nicht erkennen, weshalb sich aus einem allfälligen Verstoß gegen die nicht unmittelbar anwendbare RL-EEA ein innerstaatliches Beweisverwendungsverbot in Ansehung der in Rede stehenden Kommunikationsdaten und -inhalte ergeben soll (vgl hiezu 11 Os 85/24w und 14 Os 14/24a).

[14] Eine Verletzung der Verständigungspflicht nach Art 31 Abs 1 RL-EEA nähme den österreichischen Behörden im Übrigen zwar die Möglichkeit, Überwachungsmaßnahmen auf österreichischem Hoheitsgebiet zu unterbinden (§ 55d Abs 7 EU-JZG). Ein Verbot der Verwendung dadurch erlangter Beweismittel im gegenständlichen Strafverfahren hätte daraus jedoch bei Gesamtbetrachtung des konkreten Falls und unter Berücksichtigung des Umstands, dass der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit auch die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege umfasst, nicht abgeleitet werden können (vgl zur Vorgangsweise bei Verstößen gegen Vorschriften des Unionsrechts EuGH C-670/22 [Rz 126 ff]). Das gegenständliche Strafverfahren behandelt einen Fall schwerster Kriminalität im Bereich des international agierenden Drogenhandels, dessen Aufklärung großes öffentliches Interesse zukommt, die aber ohne Verwendung von Beweisergebnissen wie den vorliegenden wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre. Die Sicherstellung sowie die Entschlüsselung der Daten erfolgte nach der Aktenlage weder durch noch unter Beteiligung österreichischer Strafverfolgungsorgane und zielte nicht darauf ab, Daten aus

dem Kernbereich privater Lebensführung von außerhalb krimineller Machenschaften stehenden Personen zu erlangen. Der Antragsteller hatte sowohl im Ermittlungs- als auch im Hauptverfahren die Möglichkeit, sachgerecht zu sämtlichen Beweisergebnissen Stellung zu beziehen. Selbst eine Verletzung der Verständigungspflicht des Art 31 Abs 1 RL-EEA hätte den Angeklagten also nicht daran gehindert, auf den Gang und das Ergebnis des Strafverfahrens in Übereinstimmung mit Art 6 MRK einzuwirken und seine Verteidigungsrechte umfassend wahrzunehmen, wobei die Verwendung und die Verwertung der (bereits) entschlüsselten Überwachungsergebnisse auch nicht unverhältnismäßig in die Persönlichkeitsrechte des Angeklagten eingegriffen haben.

[15] Auf der Basis der Europäischen Ermittlungsanordnung an Frankreich (ON 20), wonach die Kommunikationsdaten zu diversen PINs uneingeschränkt angefordert worden waren und die Übergabe nach der Entscheidung der französischen Behörde vollständig bewilligt worden war sowie der Angaben des Zeugen Insp. * T*, nach welchen die in Bezug auf einen PIN von Europol entkrypteten Daten der Staatsanwaltschaft auf einer CD komplett übermittelt worden seien (ON 92 S 4 f iVm ON 52.2 S 1), wies (ON 92 S 22) das Erstgericht auch den Antrag des Beschwerdeführers, „zumindest eine forensische Kopie der Rohdaten der gesamten Chatverläufe“ aus Frankreich beizuschaffen (ON 86 S 11 f), zu Recht ab. Welche von den vorliegenden Chatverschriftlichungen abweichenden „Rohdaten“ existieren sollten, die Rückschlüsse auf den Angeklagten entlastende Umstände zuließen, legte der Antrag nämlich nicht dar. Damit war er auf eine im Hauptverfahren unzulässige Erkundungsbeweisführung gerichtet (vgl RIS-Justiz RS0118123 [insb T5 und T6] und in Bezug auf

„Originaldaten“ und SKY-ECC bereits 15 Os 129/24w).

[16] Weshalb sich auf der Basis der zu diesem Zeitpunkt bereits vorliegenden Verfahrensergebnisse, nämlich der Identifizierung des Angeklagten durch den Zeugen * M* als jene Person, die mit ihm im SKY-ECC-Chat unter dem User-Namen „Kimi@aikonen“ kommuniziert und von ihm zweimal 10.000 Euro und ein Kilogramm Kokain übernommen sowie ihm einmal 4.000 Euro übergeben habe (ON 56 S 8), der Verwendung des Vornamens der Ehegattin des Angeklagten in einem Chat des „Kimi@aikonen“ und der weiteren, die M* GmbH betreffende, Kommunikation, bei der der Angeklagte, wie er selbst einräumt, bis zum 31. August 2021 Geschäftsführer und Gesellschafter gewesen sei (ON 10.8 S 4 in ON 47 und Beilage./ [ON 47.1]), aus einer „forensischen Kopie der Rohdaten“ dennoch ergeben könnte, „dass der Angeklagte nicht Verfasser dieser Nachrichten sein kann“ (ON 86 S 11), war dem Antrag ebenso wenig zu entnehmen.

[17] Weshalb unter Berücksichtigung der Angaben des Zeugen Insp. * T* (wonach etwa 75 % aller Daten entkryptet werden konnten [ON 92 S 8]) sowie der Aussage des Zeugen Insp. * H* (wonach die Entschlüsselung des gesamten Chats die Sicherstellung jedes einzelnen SKY-ECC Endgeräts vorausgesetzt hätte, was aber nicht der Fall gewesen sei, womit in manchen Fällen zwar eine Frage, aber keine Antwort dokumentiert sei [ON 92 S 17]) davon auszugehen sei, dass Frankreich nicht alle verfügbaren Daten übermittelt habe, oder dass Daten verfälscht worden seien, war dem Antrag nicht zu entnehmen.

[18] Solcherart lief das Antragsvorbringen erneut auf eine bloße Erkundungsbeweisführung hinaus (siehe aber RIS-Justiz RS0099453 [T1] und *Ratz*, WK-StPO § 281

Rz 330).

[19] Die in der Hauptverhandlung verlesenen Excel-Tabellen mit Protokollen der über SKY-ECC abgewickelten Kommunikation (ON 92 S 24 f iVm ON 8.1) sind dem Vorbringen der Mängelrüge (Z 5) zuwider sehr wohl der Aufklärung erheblicher Tatumstände dienende Schriftstücke, auf die das erkennende Gericht bei der Urteilsfällung Rücksicht zu nehmen hatte (§ 258 Abs 1 StPO).

[20] Entgegen dem Vorwurf offenbar unzureichender Begründung ist die Ableitung der Feststellungen zur objektiven Tatseite der Verbrechen des Suchtgifthandels und der Geldwäscherei aus diesen Beweismitteln unter dem Aspekt der Begründungstauglichkeit (Z 5 vierter Fall) nicht zu beanstanden.

[21] Die Ableitung der Feststellungen zum Vorsatz des Angeklagten auf Überlassen von Cocain in einer das 25-Fache der Grenzmenge (§ 28b SMG) übersteigenden Menge aus dem objektiven Tatgeschehen (US 20), also dem wiederholten Überlassen von Kokain (jeweils) im Kilobereich, insgesamt von 65,7 Kilogramm Kokain, und der Überlegung, dass jeder zumindest vom angenommenen unterdurchschnittlichen Reinheitsgrad von 40 % Cocain ausgehen müsse (verglichen mit dem durchschnittlichen im Jahr 2020 in Österreich gemessenen Reinheitsgrad von 67,63 % Cocain [US 15]), ist unter dem Aspekt der Begründungstauglichkeit keineswegs zu beanstanden.

[22] In diesem Umfang war die Nichtigkeitsbeschwerde daher – in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – gemäß § 285d Abs 1 StPO bereits bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen.

Zum berechtigten Teil der
Nichtigkeitsbeschwerde:

[23] Das Erstgericht erklärte „[g]emäß § 20 Abs 3 StGB“ einen Betrag von 661.165 Euro für verfallen (US 5). Dabei ging es davon aus, dass der Angeklagte die aus dem Verbrechen des Suchtgifthandels anderer stammenden Geldbeträge teils im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit * P*, teils in dessen Auftrag, teils als „Läufer“ einer ausländischen Tätergruppe im Rahmen seines Zuständigkeitsbereichs (US 6 f) durch Übernahme an sich gebracht habe (II/2, 3, 5, 7 bis 14 und 16; US 23 iVm US 6).

[24] „Erlangt“ im Sinn des § 20 Abs 1 StGB sind jedoch nur solche Vermögenswerte, die der Täter in seine faktische und wirtschaftliche Verfügungsmacht bringt und die er wirtschaftlich ausnutzen kann (RIS-Justiz RS0134603).

[25] Dies ist etwa dann nicht der Fall, wenn der Täter den Vermögenswert nur kurzzeitig innehat, weil er ihn vereinbarungsgemäß aufgrund der Mitverfügungsmacht von anderen Tatbeteiligten als bloßen Durchgangserwerb weiterzugeben hat (vgl 11 Os 127/23w [Rz 9]).

[26] Davon ausgehend zeigt der Beschwerdeführer zutreffend auf, dass im Ersturteil keine ausreichende Entscheidungsbasis für den Ausspruch des Verfalls geschaffen wurde. Denn ob, gegebenenfalls in welchem Umfang dem als „Läufer“ für eine ausländische Tätergruppe tätig gewordenen Angeklagten (US 6) die Vermögensbestandteile wirtschaftlich zugute kamen, wurde nicht durch Feststellungen geklärt.

[27] Dieser zutreffend aufgezeigte Rechtsfehler (Z 11 erster Fall) führte – ebenfalls in Übereinstimmung mit der Stellungnahme der Generalprokuratur – zur Aufhebung des angefochtenen Urteils wie aus dem Spruch ersichtlich bereits bei der nichtöffentlichen Beratung (§ 285e StPO, zur

Zuständigkeit des Vorsitzenden des Schöffengerichts als Einzelrichter siehe § 445 Abs 2 letzter Satz StPO sowie RIS-Justiz RS0117920 [T1] und RS0100271 [T13]).

[28] Die Entscheidung über die Berufung kommt dem Oberlandesgericht zu (§ 285i StPO).

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

Oberster Gerichtshof
Wien, am 30. April 2025
Dr. L ä s s i g
Für die Richtigkeit der Ausfertigung
die Leiterin der Geschäftsabteilung: