

TE OGH 2016/4/7 120s129/15k

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 07.04.2016

Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 7. April 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. Kühlmayer als Schriftführer in der Strafsache gegen Behram C***** wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren und durch Einbruch begangenen Diebstahls im Rahmen einer kriminellen Vereinigung nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 4, 129 Z 1 und Z 2, 130 zweiter, dritter und vierter Fall, 15 Abs 1 StGB idF vor BGBl I 2015/112 über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen des Angeklagten sowie der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Schöffengericht vom 8. Juli 2015, GZ 25 Hv 38/15k-87, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Eisenmenger, des Angeklagten und seines Verteidigers Mag. Dr. Kier zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 7. April 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. Kühlmayer als Schriftführer in der Strafsache gegen Behram C***** wegen des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren und durch Einbruch begangenen Diebstahls im Rahmen einer kriminellen Vereinigung nach Paragraphen 127, 128, Absatz eins, Ziffer 4, 129, Ziffer eins und Ziffer 2, 130, zweiter, dritter und vierter Fall, 15 Absatz eins, StGB in der Fassung vor BGBl I 2015/112 über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen des Angeklagten sowie der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichts Eisenstadt als Schöffengericht vom 8. Juli 2015, GZ 25 Hv 38/15k-87, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters der Generalprokuratur, Generalanwalt Dr. Eisenmenger, des Angeklagten und seines Verteidigers Mag. Dr. Kier zu Recht erkannt:

Spruch

In teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Strafausspruch (einschließlich der Vorhaftanrechnung) aufgehoben und in der Sache selbst erkannt:

Über den Angeklagten wird wegen des ihm zur Last liegenden Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren und durch Einbruch begangenen Diebstahls im Rahmen einer kriminellen Vereinigung nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 4, 129 Z 1 und Z 2, 130 zweiter, dritter und vierter Fall, 15 Abs 1 StGB idF vor BGBl I 2015/112 nach dem zweiten Strafsatz des § 130 StGB eine Freiheitsstrafe von zweieinhalb Jahren verhängt. Über den Angeklagten wird wegen des ihm zur Last liegenden Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren und durch Einbruch begangenen Diebstahls im Rahmen einer kriminellen Vereinigung nach Paragraphen 127, 128, Absatz eins, Ziffer 4, 129, Ziffer eins und Ziffer 2, 130, zweiter, dritter und vierter Fall, 15 Absatz eins, StGB in der Fassung vor BGBl I 2015/112 nach dem zweiten Strafsatz des Paragraph 130, StGB eine Freiheitsstrafe von zweieinhalb Jahren verhängt.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten im Übrigen und die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft werden verworfen.

Der Berufung des Angeklagten wegen des Ausspruchs über den Verfall wird nicht Folge gegeben.

Mit ihren Berufungen wegen des Ausspruchs über die Strafe im Übrigen werden der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf die Strafneubemessung verwiesen.

Die Anrechnung der Vorhaft wird dem Erstgericht überlassen.

Dem Angeklagten fallen auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen, auch teilweise in Rechtskraft erwachsene Freisprüche enthaltenden Urteil wurde Behram C***** des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren und durch Einbruch begangenen Diebstahls im Rahmen einer kriminellen Vereinigung nach §§ 127, 128 Abs 1 Z 4, 129 Z 1 und Z 2, 130 zweiter, dritter und vierter Fall, 15 Abs 1 StGB idF vor BGBl I 2015/112 schuldig erkannt. Mit dem angefochtenen, auch teilweise in Rechtskraft erwachsene Freisprüche enthaltenden Urteil wurde Behram C***** des Verbrechens des gewerbsmäßigen schweren und durch Einbruch begangenen Diebstahls im Rahmen einer kriminellen Vereinigung nach Paragraphen 127, 128, Absatz eins, Ziffer 4, 129, Ziffer eins und Ziffer 2, 130, zweiter, dritter und vierter Fall, 15 Absatz eins, StGB in der Fassung vor BGBl I 2015/112 schuldig erkannt.

Danach hat er

A./ im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten Fadil A***** und zumindest zwei weiteren unbekannt gebliebenen Mittätern (§ 12 StGB) als Mitglied einer kriminellen Vereinigung unter Mitwirkung (§ 12 StGB) eines anderen Mitglieds dieser Vereinigung Gewahrsamsträgern der Z***** GmbH fremde bewegliche Sachen in einem 3.000 Euro übersteigenden Wert mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz und in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung von schweren Diebstählen durch Einbruch eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, durch Einbruch in ein Gebäude bzw durch Aufbrechen eines Behältnisses A./ im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit dem abgesondert verfolgten Fadil A***** und zumindest zwei weiteren unbekannt gebliebenen Mittätern (Paragraph 12, StGB) als Mitglied einer kriminellen Vereinigung unter Mitwirkung (Paragraph 12, StGB) eines anderen Mitglieds dieser Vereinigung Gewahrsamsträgern der Z***** GmbH fremde bewegliche Sachen in einem 3.000 Euro übersteigenden Wert mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz und in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung von schweren Diebstählen durch Einbruch eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, durch Einbruch in ein Gebäude bzw durch Aufbrechen eines Behältnisses

I./ weggenommen, und zwarrömisches eins./ weggenommen, und zwar

1./ in der Nacht vom 9. auf 10. August 2014 in B***** Bargeld im Wert von 17.031,83 Euro und Gutscheine im Wert von 20 Euro, indem sie das Dach der Z*****-Filiale durchbrachen, mittels einer Leiter in das Objekt eindringen, einen Mauerdurchbruch zum Tresorraum vornahmen, den Tresor vor Ort aufschnitten und das Bargeld entnehmen;

2./ in der Nacht vom 25. auf 26. Oktober 2014 in B***** 10.176,56 Euro Bargeld und Gutscheine im Wert von 1.545 Euro, indem sie das Dach durchbrachen, mittels einer Leiter in das Objekt eindringen, einen Mauerdurchbruch zum Tresorraum vornahmen, den Tresor vor Ort aufschnitten und das Bargeld entnehmen;

II./ wegzunehmen versucht, und zwarrömisches zwei./ wegzunehmen versucht, und zwar

1./ in der Nacht zum 7. September 2014 in B***** Bargeld im Ausmaß von etwa 10.000 Euro, indem sie eine Lichtkuppel aufbrachen und mittels Leiter in die Filiale gelangten, jedoch aufgrund einer Alarmauslösung flüchten mussten;

2./ in der Nacht auf den 16. November 2014 in E***** Bargeld im Ausmaß von ca 10.000 Euro, indem sie mit einer Leiter in das Objekt einstiegen, jedoch aufgrund einer Alarmauslösung flüchten mussten.

Nach „§ 20 Abs 2 StGB“ wurde ein Betrag in der Höhe von 6.500 Euro für verfallen erklärt. Nach „§ 20 Absatz 2, StGB“ wurde ein Betrag in der Höhe von 6.500 Euro für verfallen erklärt.

Hingegen wurde der Angeklagte von der ebenfalls wider ihn erhobenen Anklage, er habe am 4. Mai 2015 in E***** eine durch Gesetz (§ 2 Abs 2 Z 4 FPG) inländischen öffentlichen Urkunden gleichgestellte, durch Anbringung von vier nachgemachten Ein- und Ausreisestempeln verfälschte, ausländische Urkunde, nämlich seinen kosovarischen Reisepass Nr ***** im Rechtsverkehr zum Beweis einer Tatsache, nämlich seiner Ausreise am 23. Oktober 2014 von B*****, Italien, mit der Fähre nach D*****, Albanien, und seiner Rückreise in der Zeit von 23. Oktober 2014 bis 28. Oktober 2014 (somit zum Beweis eines Alibis betreffend das Faktum A./I./2./) gebraucht, indem er ihn durch seinen (vorsatzlosen) Verteidiger in der Haftverhandlung der Einzelrichterin des Landesgerichts Eisenstadt vorlegen ließ, gemäß § 259 Z 3 StPO freigesprochen (Freispruchsfaktum B./III./). Hingegen wurde der Angeklagte von der ebenfalls wider ihn erhobenen Anklage, er habe am 4. Mai 2015 in E***** eine durch Gesetz (Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer 4, FPG) inländischen öffentlichen Urkunden gleichgestellte, durch Anbringung von vier nachgemachten Ein- und Ausreisestempeln verfälschte, ausländische Urkunde, nämlich seinen kosovarischen Reisepass Nr ***** im Rechtsverkehr zum Beweis einer Tatsache, nämlich seiner Ausreise am 23. Oktober 2014 von B*****, Italien, mit der Fähre nach D*****, Albanien, und seiner Rückreise in der Zeit von 23. Oktober 2014 bis 28. Oktober 2014 (somit zum Beweis eines Alibis betreffend das Faktum A./I./2./) gebraucht, indem er ihn durch seinen (vorsatzlosen) Verteidiger in der Haftverhandlung der Einzelrichterin des Landesgerichts Eisenstadt vorlegen ließ, gemäß Paragraph 259, Ziffer 3, StPO freigesprochen (Freispruchsfaktum B./III./).

Rechtliche Beurteilung

Der Angeklagte bekämpft das Urteil mit einer auf § 281 Abs 1 Z 5, 10 und 11 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, während die Staatsanwaltschaft lediglich gegen den zu B./III./ ergangenen Freispruch Nichtigkeitsbeschwerde aus § 281 Abs 1 Z 5 und 9 lit a StPO erhebt. Der Angeklagte bekämpft das Urteil mit einer auf Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 5, 10 und 11 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, während die Staatsanwaltschaft lediglich gegen den zu B./III./ ergangenen Freispruch Nichtigkeitsbeschwerde aus Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 5 und 9 Litera a, StPO erhebt.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Behram C*****:

Bei gleichartiger Realkonkurrenz wert- oder schadensqualifizierter Delikte, zu denen mit Blick auf den vorliegenden Fall auch § 127 StGB gehört, führt § 29 StGB zu einer nach Maßgabe des Zusammenrechnungsgrundsatzes zu bildenden Subsumtionseinheit sui generis; sie besteht aus der höchsten Wert- oder Schadensqualifikation und weiteren, in echter Konkurrenz dazu stehenden Begehungsformen und unselbständigen Abwandlungen des Grunddelikts (RIS-Justiz RS0112520 und RS0114927; Ratz in WK² StGB § 29 Rz 5). Wenngleich die einzelnen Straftaten rechtlich selbständig bleiben und demgemäß die Strafbarkeitsvoraussetzungen oder die Rechtskraftwirkung für jede gesondert zu prüfen sind (Ratz in WK² StGB § 29 Rz 7) - weshalb auch Faktenfreisprüche möglich sind -, bleibt Gegenstand der Subsumtionsrüge nach § 281 Abs 1 Z 10 StPO allein die Subsumtionseinheit (Ratz in WK² StGB § 29 Rz 6). Auch die Mängelrüge (Z 5) setzt voraus, dass sich die behaupteten Begründungsmängel entweder auf die Strafbarkeit der Einzeltat oder die rechtliche Beurteilung der Subsumtionseinheit auswirken (14 Os 41/14g). Bei gleichartiger Realkonkurrenz wert- oder schadensqualifizierter Delikte, zu denen mit Blick auf den vorliegenden Fall auch Paragraph 127, StGB gehört, führt Paragraph 29, StGB zu einer nach Maßgabe des Zusammenrechnungsgrundsatzes zu bildenden Subsumtionseinheit sui generis; sie besteht aus der höchsten Wert- oder Schadensqualifikation und weiteren, in echter Konkurrenz dazu stehenden Begehungsformen und unselbständigen Abwandlungen des Grunddelikts (RIS-Justiz RS0112520 und RS0114927; Ratz in WK² StGB Paragraph 29, Rz 5). Wenngleich die einzelnen Straftaten rechtlich selbständig bleiben und demgemäß die Strafbarkeitsvoraussetzungen oder die Rechtskraftwirkung für jede gesondert zu prüfen sind (Ratz in WK² StGB Paragraph 29, Rz 7) - weshalb auch Faktenfreisprüche möglich sind -, bleibt Gegenstand der Subsumtionsrüge nach Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 10, StPO allein die Subsumtionseinheit (Ratz in WK² StGB Paragraph 29, Rz 6). Auch die Mängelrüge (Ziffer 5,) setzt voraus, dass sich die behaupteten Begründungsmängel entweder auf die Strafbarkeit der Einzeltat oder die rechtliche Beurteilung der Subsumtionseinheit auswirken (14 Os 41/14g).

Von den dargestellten Grundsätzen ausgehend bezieht sich die Mängelrüge mit ihrem lediglich die (Versuchs-)Fakten A./II./1./ und 2./ betreffenden Einwand fehlender Begründung der Qualifikationen nach §§ 128 Abs 1 Z 4 und 130 dritter Fall StGB nicht auf entscheidende Tatsachen, weil den Schuldsprüchen A./I./1./ und 2./ auch vollendete Diebstähle mit einer Gesamtsumme allein des erbeuteten Bargeldes von 27.208,39 Euro zu Grunde liegen. Von den dargestellten Grundsätzen ausgehend bezieht sich die Mängelrüge mit ihrem lediglich die (Versuchs-)Fakten A./II./1./

und 2./ betreffenden Einwand fehlender Begründung der Qualifikationen nach Paragraphen 128, Absatz eins, Ziffer 4 und 130 dritter Fall StGB nicht auf entscheidende Tatsachen, weil den Schuldsprüchen A./I./1./ und 2./ auch vollendete Diebstähle mit einer Gesamtsumme allein des erbeuteten Bargeldes von 27.208,39 Euro zu Grunde liegen.

Im Übrigen haben die Tatrichter die auf die Begehung auch schwerer Diebstähle gerichtete Absicht des Angeklagten logisch und empirisch einwandfrei aus dem objektiven Geschehen und der bis ins Detail geplanten Vorgangsweise der Täter abgeleitet (US 11 f).

Soweit die Subsumtionsrüge (Z 10) zu A./I./1./ und 2./ unter Hinweis auf EvBl 2005/148 = ecolex 2005, 613 (vgl auch Fabrizio, StGB12 § 127 Rz 6), wonach Warengutscheine nicht in jedem Fall diebstahlsfähige Wertträger sind, Feststellungen dazu einfordert, um welche Art von Gutscheinen es sich gehandelt habe, leitet sie nicht methodengerecht aus dem Gesetz ab (RIS-Justiz RS0116565), weshalb sich der damit angestrebte Wegfall einzelner Beutestücke in einem konstatierten Gesamtwert von 1.565 Euro auf den rechtlichen Bestand der nach § 29 StGB zu bildenden Subsumtionseinheit auswirken sollte (RIS-Justiz RS0120980).Soweit die Subsumtionsrüge (Ziffer 10,) zu A./I./1./ und 2./ unter Hinweis auf EvBl 2005/148 = ecolex 2005, 613 vergleiche auch Fabrizio, StGB12 Paragraph 127, Rz 6), wonach Warengutscheine nicht in jedem Fall diebstahlsfähige Wertträger sind, Feststellungen dazu einfordert, um welche Art von Gutscheinen es sich gehandelt habe, leitet sie nicht methodengerecht aus dem Gesetz ab (RIS-Justiz RS0116565), weshalb sich der damit angestrebte Wegfall einzelner Beutestücke in einem konstatierten Gesamtwert von 1.565 Euro auf den rechtlichen Bestand der nach Paragraph 29, StGB zu bildenden Subsumtionseinheit auswirken sollte (RIS-Justiz RS0120980).

Das Beschwerdebegehren einer Subsumtion der Gutscheinwegnahme unter § 229 Abs 1 StGB ist nicht zum Vorteil des Beschwerdeführers ausgeführt, weil eine Subsumtionsänderung in Ansehung bloß eines Teils der tateinheitlich weggenommenen Gegenstände an der Beurteilung der Wegnahme der übrigen als Diebstahl nichts ändern, aber zur Annahme von Idealkonkurrenz mit einem weiteren Delikt führen würde (vgl Ratz, WK-StPO § 281 Rz 654 ff, § 282 Rz 15 f).Das Beschwerdebegehren einer Subsumtion der Gutscheinwegnahme unter Paragraph 229, Absatz eins, StGB ist nicht zum Vorteil des Beschwerdeführers ausgeführt, weil eine Subsumtionsänderung in Ansehung bloß eines Teils der tateinheitlich weggenommenen Gegenstände an der Beurteilung der Wegnahme der übrigen als Diebstahl nichts ändern, aber zur Annahme von Idealkonkurrenz mit einem weiteren Delikt führen würde vergleiche Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 654 ff, Paragraph 282, Rz 15 f).

Die Subsumtionsrüge (Z 10) orientiert sich mit ihrer Behauptung mangelnder Konstatierung eines beim Beschwerdeführer vorliegenden Vorsatzes auf die Mitwirkung eines anderen Vereinigungsmitglieds (gemeint offenbar: an den Einbruchsdiebstählen) nicht an den Feststellungen der Tatrichter, wonach sich dessen Absicht auch auf die Begehung von Tathandlungen (Einbruchsdiebstählen) durch die Mitglieder der Tätergruppe und ihn selbst im Rahmen der kriminellen Ausrichtung (der Vereinigung) erstreckte (US 5) und verfehlt damit den (auf der Sachverhaltsebene) gerade darin gelegenen Die Subsumtionsrüge (Ziffer 10,) orientiert sich mit ihrer Behauptung mangelnder Konstatierung eines beim Beschwerdeführer vorliegenden Vorsatzes auf die Mitwirkung eines anderen Vereinigungsmitglieds (gemeint offenbar: an den Einbruchsdiebstählen) nicht an den Feststellungen der Tatrichter, wonach sich dessen Absicht auch auf die Begehung von Tathandlungen (Einbruchsdiebstählen) durch die Mitglieder der Tätergruppe und ihn selbst im Rahmen der kriminellen Ausrichtung (der Vereinigung) erstreckte (US 5) und verfehlt damit den (auf der Sachverhaltsebene) gerade darin gelegenen

Bezugspunkt materieller Nichtigkeit (RIS-Justiz RS0099810).

Der von der Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall) behauptete Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot liegt nicht vor, weil die höhere Strafdrohung des § 130 zweiter Satz StGB (aF) bereits durch gewerbsmäßige Begehung schwerer Diebstähle realisiert wäre, hier aber noch gewerbsmäßige Einbruchsqualifikation und Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung hinzutreten (vgl 12 Os 120/00).Der von der Sanktionsrüge (Ziffer 11, zweiter Fall) behauptete Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot liegt nicht vor, weil die höhere Strafdrohung des Paragraph 130, zweiter Satz StGB (aF) bereits durch gewerbsmäßige Begehung schwerer Diebstähle realisiert wäre, hier aber noch gewerbsmäßige Einbruchsqualifikation und Begehung im Rahmen einer kriminellen Vereinigung hinzutreten vergleiche 12 Os 120/00).

Das Erstgericht hat den Verfall eines Betrags von 6.500 Euro im Urteilsspruch zwar auf § 20 Abs 2 StGB (US 3) und in den Urteilsgründen wiederum auf Abs 1 leg cit gestützt (US 17). Im Hinblick auf die Aufteilung der Diebsbeute unter

den Tätern (US 17) und deren fehlende Sicherstellung (vgl US 4 f) sind die Tatrichter jedoch offensichtlich vom Vorliegen der Voraussetzungen eines Wertersatzverfalls nach § 20 Abs 3 StPO ausgegangen (vgl EBRV 918 BlgNR 24. GP 7 f; Fabrizy, StGB12 § 20 Rz 4). Angesichts eines gestohlenen Bargeldbetrags von etwa 27.000 Euro hat das Schöffengericht - auch in Entsprechung der in § 20 Abs 4 StGB geregelten Vorgangsweise - eine Aufteilung unter vier Mittätern zu gleichen Teilen angenommen und ist solcherart zu einem für verfallen erklärten Geldbetrag von (jedenfalls) 6.500 Euro gelangt (vgl US 17). Der Einwand offenbar unzureichender Begründung (Z 5 vierter Fall iVm Z 11 [richtig:] erster Fall) verfehlt daher sein Ziel. Auch das eine konkrete Begründung der exakten Verfallshöhe vermissende Berufungsvorbringen erweist sich somit als unbegründet. Das Erstgericht hat den Verfall eines Betrags von 6.500 Euro im Urteilspruch zwar auf Paragraph 20, Absatz 2, StGB (US 3) und in den Urteilsgründen wiederum auf Absatz eins, leg cit gestützt (US 17). Im Hinblick auf die Aufteilung der Diebsbeute unter den Tätern (US 17) und deren fehlende Sicherstellung vergleiche US 4 f) sind die Tatrichter jedoch offensichtlich vom Vorliegen der Voraussetzungen eines Wertersatzverfalls nach Paragraph 20, Absatz 3, StPO ausgegangen vergleiche EBRV 918 BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 7, f; Fabrizy, StGB12 Paragraph 20, Rz 4). Angesichts eines gestohlenen Bargeldbetrags von etwa 27.000 Euro hat das Schöffengericht - auch in Entsprechung der in Paragraph 20, Absatz 4, StGB geregelten Vorgangsweise - eine Aufteilung unter vier Mittätern zu gleichen Teilen angenommen und ist solcherart zu einem für verfallen erklärten Geldbetrag von (jedenfalls) 6.500 Euro gelangt vergleiche US 17). Der Einwand offenbar unzureichender Begründung (Ziffer 5, vierter Fall in Verbindung mit Ziffer 11, [richtig:] erster Fall) verfehlt daher sein Ziel. Auch das eine konkrete Begründung der exakten Verfallshöhe vermissende Berufungsvorbringen erweist sich somit als unbegründet.

In diesem Umfang war die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten daher zu verwerfen. Im Übrigen kommt ihr jedoch Berechtigung zu:

Zutreffend moniert die Sanktionsrüge (Z 11 zweiter Fall), dass das Erstgericht die leugnende Verantwortung des Angeklagten und seine Unwilligkeit, an der Aufklärung der Straftaten mitzuwirken, im Ergebnis also seine leugnende Einlassung, als eine für die Strafzumessung entscheidende Tatsache wertete, auf Grund der „eine Strafe nicht im untersten Bereich des Strafrahmens zu finden“ war (US 16 f). Dies stellt jedoch eine unrichtige Gesetzesanwendung dar (RIS-Justiz RS0090897), weil es jedem Angeklagten selbstverständlich freisteht, die ihm zweckmäßig erscheinende Verantwortung zu wählen. Es darf ihm aus seiner Verteidigungsstrategie im Verfahren prinzipiell kein Nachteil erwachsen (vgl Ratz in WK-StPO § 281 Rz 713; SSt 57/47). Vielmehr widerspricht die Heranziehung der leugnenden Verantwortung als eine für die Sanktionsfindung (mit-)entscheidende Tatsache dem - verfassungsrechtlich aus Art 6 Abs 2 MRK und Art 90 Abs 2 B-VG abzuleitenden, einfachgesetzlich durch § 7 Abs 2 erster Satz StPO ausdrücklich normierten - Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (nemo-tenetur-Prinzip; vgl 14 Os 121/15y mwN). Zutreffend moniert die Sanktionsrüge (Ziffer 11, zweiter Fall), dass das Erstgericht die leugnende Verantwortung des Angeklagten und seine Unwilligkeit, an der Aufklärung der Straftaten mitzuwirken, im Ergebnis also seine leugnende Einlassung, als eine für die Strafzumessung entscheidende Tatsache wertete, auf Grund der „eine Strafe nicht im untersten Bereich des Strafrahmens zu finden“ war (US 16 f). Dies stellt jedoch eine unrichtige Gesetzesanwendung dar (RIS-Justiz RS0090897), weil es jedem Angeklagten selbstverständlich freisteht, die ihm zweckmäßig erscheinende Verantwortung zu wählen. Es darf ihm aus seiner Verteidigungsstrategie im Verfahren prinzipiell kein Nachteil erwachsen vergleiche Ratz in WK-StPO Paragraph 281, Rz 713; SSt 57/47). Vielmehr widerspricht die Heranziehung der leugnenden Verantwortung als eine für die Sanktionsfindung (mit-)entscheidende Tatsache dem - verfassungsrechtlich aus Artikel 6, Absatz 2, MRK und Artikel 90, Absatz 2, B-VG abzuleitenden, einfachgesetzlich durch Paragraph 7, Absatz 2, erster Satz StPO ausdrücklich normierten - Verbot des Zwangs zur Selbstbelastung (nemo-tenetur-Prinzip; vergleiche 14 Os 121/15y mwN).

Insoweit war daher der Strafausspruch aufzuheben und mit Strafneubemessung vorzugehen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft:

Diese erweist sich als unberechtigt:

Nach den wesentlichen Urteilsannahmen zum Freispruchsfaktum B./III./ konnte eine Feststellung, dass der Angeklagte die Vorlage (gemeint [US 13]: durch seinen Verteidiger in der Haftverhandlung) des verfälschten Reisepasses veranlasst bzw den Reisepass im Rechtsverkehr in Kenntnis des Umstands der Verfälschung gebraucht hätte, nicht getroffen werden (US 7 sechster Absatz).

Beweiswürdigend führte das Erstgericht aus, der Angeklagte sei zum Zeitpunkt des Anbringens gefälschter Stempel bereits in Untersuchungshaft gewesen. Es habe kein ausreichender Beweis für eine Auftragserteilung durch ihn bzw für sein Wissen von Fälschungen erbracht werden können. Der Angeklagte habe in der Hauptverhandlung angegeben, sich sehr schlecht erinnern zu können, was er in der letzten Zeit gemacht habe. Es sei daher die Annahme durchaus plausibel, dass er in der Haftverhandlung nicht mehr gewusst habe, ob er im Oktober des Vorjahres (2014) nach Albanien gereist sei oder nicht (US 13 zweiter Absatz).

Die Mängelrüge (Z 5 zweiter Fall) führt die Urkunden ON 59 und ON 60 sowie den Prüfbericht über die Untersuchung des Reisepasses (ON 63 S 5 ff) ins Treffen, aus welchen Dokumenten sich ergebe, dass der Angeklagte noch nie über den Hafen D***** und darüber hinaus überhaupt nur im Jahre (gemeint:) 2012 nach Albanien eingereist sei. Die Mängelrüge (Ziffer 5, zweiter Fall) führt die Urkunden ON 59 und ON 60 sowie den Prüfbericht über die Untersuchung des Reisepasses (ON 63 S 5 ff) ins Treffen, aus welchen Dokumenten sich ergebe, dass der Angeklagte noch nie über den Hafen D***** und darüber hinaus überhaupt nur im Jahre (gemeint:) 2012 nach Albanien eingereist sei.

Aufgrund dieser - unerörtert gebliebenen - Beweisergebnisse hätte der Nachweis erbracht werden können, dass dem Nichtigkeitswerber die Fälschungen im Zeitpunkt der Vorlage in der Haftverhandlung „wohl bewusst“ gewesen seien.

Damit spricht die Rüge aber erhebliche, also solche Beweisergebnisse, die geeignet sind, den Ausspruch über eine für Schuldpruch oder Subsumtion relevante, demnach entscheidende Tatsache zu beeinflussen (vgl Fabrizy, StPO12 § 281 Rz 40), gerade nicht an. Damit spricht die Rüge aber erhebliche, also solche Beweisergebnisse, die geeignet sind, den Ausspruch über eine für Schuldpruch oder Subsumtion relevante, demnach entscheidende Tatsache zu beeinflussen vergleiche Fabrizy, StPO12 Paragraph 281, Rz 40), gerade nicht an.

Denn die Tathandlung des inkriminierten Vergehens der Fälschung besonders geschützter Urkunden nach §§ 223 Abs 2, 224 StGB besteht im Gebrauch des Falsifikats im Rechtsverkehr, der in der Regel darin liegt, dass dessen rechtserheblicher Inhalt einem Beweisadressaten zugänglich gemacht wird (vgl Kienapfel/Schroll in WK² StGB § 223 Rz 214). Denn die Tathandlung des inkriminierten Vergehens der Fälschung besonders geschützter Urkunden nach Paragraphen 223, Absatz 2, 224, StGB besteht im Gebrauch des Falsifikats im Rechtsverkehr, der in der Regel darin liegt, dass dessen rechtserheblicher Inhalt einem Beweisadressaten zugänglich gemacht wird vergleiche Kienapfel/Schroll in WK² StGB Paragraph 223, Rz 214).

Mit dem bloßen „Bewusstsein“ der Benützung einer Falschurkunde durch einen Dritten spricht die Staatsanwaltschaft aber keine den §§ 223 Abs 2, 224 StGB zu subsumierende objektive Tathandlung an. Die Urteilsannahme, wonach nicht festgestellt werden könne, dass der Angeklagte die Vorlage des verfälschten Reisepasses veranlasst hätte (US 7 iVm US 13), lässt die Mängelrüge unbekämpft. Mit dem bloßen „Bewusstsein“ der Benützung einer Falschurkunde durch einen Dritten spricht die Staatsanwaltschaft aber keine den Paragraphen 223, Absatz 2, 224, StGB zu subsumierende objektive Tathandlung an. Die Urteilsannahme, wonach nicht festgestellt werden könne, dass der Angeklagte die Vorlage des verfälschten Reisepasses veranlasst hätte (US 7 in Verbindung mit US 13), lässt die Mängelrüge unbekämpft.

Indem die Rechtsrüge (Z 9 lit a) einen Feststellungsmangel daraus ableitet, dass sich aus dem Haftverhandlungsprotokoll (ON 54) eindeutig das „Mitwirken“ des Angeklagten an der Vorlage der Urkunde im Wissen um die Fälschung ergäbe, hält sie nicht an der Negativfeststellung zu einer Veranlassung der Vorlage des Reisepasses bzw dessen Gebrauchs im Rechtsverkehr durch den Nichtigkeitswerber (US 7 sechster Absatz) fest. Sie bietet somit keinen Hinweis auf einen nicht ohnehin durch Feststellungen geklärten, aber indizierten Sachverhalt und wird solcherart nicht der Verfahrensordnung entsprechend zur Darstellung gebracht (vgl Fabrizy, StPO12 § 281 Rz 78; Ratz, WK-StPO § 281 Rz 600). Im Übrigen macht sie - unter dem Gesichtspunkt der Unvollständigkeit (Z 5 zweiter Fall) - nicht deutlich, inwiefern aus dem Haftverhandlungsprotokoll hervorgehen soll, dass der Angeklagte im Wissen um die Fälschung an der Vorlage der Urkunde mitgewirkt hat. Indem die Rechtsrüge (Ziffer 9, Litera a.) einen Feststellungsmangel daraus ableitet, dass sich aus dem Haftverhandlungsprotokoll (ON 54) eindeutig das „Mitwirken“ des Angeklagten an der Vorlage der Urkunde im Wissen um die Fälschung ergäbe, hält sie nicht an der Negativfeststellung zu einer Veranlassung der Vorlage des Reisepasses bzw dessen Gebrauchs im Rechtsverkehr durch den Nichtigkeitswerber (US 7 sechster Absatz) fest. Sie bietet somit keinen Hinweis auf einen nicht ohnehin durch Feststellungen geklärten, aber indizierten Sachverhalt und wird solcherart nicht der Verfahrensordnung entsprechend zur Darstellung gebracht vergleiche Fabrizy, StPO12 Paragraph 281, Rz 78; Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 600). Im

Übrigen macht sie - unter dem Gesichtspunkt der Unvollständigkeit (Ziffer 5, zweiter Fall) - nicht deutlich, inwiefern aus dem Haftverhandlungsprotokoll hervorgehen soll, dass der Angeklagte im Wissen um die Fälschung an der Vorlage der Urkunde mitgewirkt hat.

Das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt zu bleiben hatte, war daher in teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten im Strafausspruch, einschließlich der Anrechnung der Vorhaft, aufzuheben und gemäß § 288 Abs 2 Z 3 erster Satz StPO in der Sache selbst erkennend die Strafe neu zu bemessen. Das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt zu bleiben hatte, war daher in teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten im Strafausspruch, einschließlich der Anrechnung der Vorhaft, aufzuheben und gemäß Paragraph 288, Absatz 2, Ziffer 3, erster Satz StPO in der Sache selbst erkennend die Strafe neu zu bemessen.

Trotz Inkrafttretens des - keine Übergangsbestimmungen enthaltenden - Strafrechtsänderungsgesetzes 2015, BGBl I 2015/112, mit 1. Jänner 2016 ist von der Rechtslage im Zeitpunkt des Urteils erster Instanz auszugehen, weil nur der Ausspruch über die Sanktion (§ 281 Abs 1 Z 11 StPO), nicht aber der Schuldspruch selbst mit Nichtigkeit behaftet ist. Damit hatte es jedoch zu keiner Aufhebung des Schuldspruchs und neuerlichen Entscheidung in der Sache selbst zu kommen, sodass der erstgerichtliche Schuldspruch der Strafneubemessung zu Grunde zu legen war (Ratz, WK-StPO § 288 Rz 34; 11 Os 95/02 [verst Senat]; RIS-Justiz).
Trotz Inkrafttretens des - keine Übergangsbestimmungen enthaltenden - Strafrechtsänderungsgesetzes 2015, BGBl I 2015/112, mit 1. Jänner 2016 ist von der Rechtslage im Zeitpunkt des Urteils erster Instanz auszugehen, weil nur der Ausspruch über die Sanktion (Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 11, StPO), nicht aber der Schuldspruch selbst mit Nichtigkeit behaftet ist. Damit hatte es jedoch zu keiner Aufhebung des Schuldspruchs und neuerlichen Entscheidung in der Sache selbst zu kommen, sodass der erstgerichtliche Schuldspruch der Strafneubemessung zu Grunde zu legen war (Ratz, WK-StPO Paragraph 288, Rz 34; 11 Os 95/02 [verst Senat]; RIS-Justiz

RS0087462 [T1]; vgl auch § 295 Abs 1 StPO). RS0087462 [T1]; vergleiche auch Paragraph 295, Absatz eins, StPO).

Als erschwerend waren die mehrfache Qualifikation und die mehrfachen Angriffe, als mildernd demgegenüber der Umstand zu werten, dass es in zwei Fällen beim Versuch geblieben ist, sowie die Unbescholtenheit.

Ausgehend von einem Strafraumen von einem bis zu zehn Jahren war über den Angeklagten eine Freiheitsstrafe von zweieinhalb Jahren als dem Unrecht der Taten entsprechend und seiner Schuld angemessen zu verhängen. Deren teilweise bedingte Nachsicht (§ 43 Abs 4 StGB) verbietet sich schon aus spezialpräventiven Erwägungen, weil eine hohe Wahrscheinlichkeit künftigen Wohlverhaltens angesichts des professionell kriminellen Vorgehens nicht angenommen werden kann. Ausgehend von einem Strafraumen von einem bis zu zehn Jahren war über den Angeklagten eine Freiheitsstrafe von zweieinhalb Jahren als dem Unrecht der Taten entsprechend und seiner Schuld angemessen zu verhängen. Deren teilweise bedingte Nachsicht (Paragraph 43, Absatz 4, StGB) verbietet sich schon aus spezialpräventiven Erwägungen, weil eine hohe Wahrscheinlichkeit künftigen Wohlverhaltens angesichts des professionell kriminellen Vorgehens nicht angenommen werden kann.

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten im Übrigen und die Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft waren zu verwerfen.

Der Berufung des Angeklagten wegen des Ausspruchs über den Verfall war nicht Folge zu geben.

Mit ihren Berufungen wegen des Ausspruchs über die Strafe im Übrigen waren der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf die Strafneubemessung zu verweisen.

Die Anrechnung der Vorhaft war dem Erstgericht zu überlassen.

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

Schlagworte

Strafrecht

Textnummer

E114576

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:OGH0002:2016:0120OS00129.15K.0407.000

Im RIS seit

27.05.2016

Zuletzt aktualisiert am

07.12.2016

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