

# TE OGH 2008/5/14 13Os40/08v

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 14.05.2008

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 14. Mai 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher und Dr. Lässig und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger und Mag. Fuchs in Gegenwart des Richteramtsanwärters MMag. Klaus als Schriftführer in der Strafsache gegen Mario L\*\*\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten schweren gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 2, 129 Z 1 und 2, 130 vierter Fall, 15 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* und Klaus S\*\*\*\*\* sowie über die Berufung der Angeklagten Sandra L\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Schöffengericht vom 1. Februar 2008, GZ 14 Hv 12/08b-55, sowie die Beschwerden dieser drei Angeklagten und jener der Angeklagten Nadja K\*\*\*\*\* gegen den gemeinsam mit dem Urteil gefassten Beschluss (§ 494a Abs 1 Z 4 StPO) nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 14. Mai 2008 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Ratz als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofs Hon.-Prof. Dr. Kirchbacher und Dr. Lässig und die Hofrätinnen des Obersten Gerichtshofs Mag. Hetlinger und Mag. Fuchs in Gegenwart des Richteramtsanwärters MMag. Klaus als Schriftführer in der Strafsache gegen Mario L\*\*\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten schweren gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach Paragraphen 127., 128 Absatz 2., 129 Ziffer eins und 2, 130 vierter Fall, 15 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* und Klaus S\*\*\*\*\* sowie über die Berufung der Angeklagten Sandra L\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichts Leoben als Schöffengericht vom 1. Februar 2008, GZ 14 Hv 12/08b-55, sowie die Beschwerden dieser drei Angeklagten und jener der Angeklagten Nadja K\*\*\*\*\* gegen den gemeinsam mit dem Urteil gefassten Beschluss (Paragraph 494 a, Absatz eins, Ziffer 4, StPO) nach Anhörung der Generalprokurator in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

1. Die Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* und Klaus S\*\*\*\*\* und ihre Berufungen „wegen Schuld“ werden zurückgewiesen.
2. Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerden wird das Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schulterspruch des Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* wegen der Vergehen nach § 27 Abs 1 zweiter und sechster Fall, Abs 2 Z 1 SMG aF und demzufolge in dem diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruch aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Leoben verwiesen.2. Aus Anlass der Nichtigkeitsbeschwerden wird das Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, im Schulterspruch des Angeklagten Mario

L\*\*\*\*\* wegen der Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, zweiter und sechster Fall, Absatz 2, Ziffer eins, SMG aF und demzufolge in dem diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruch aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Leoben verwiesen.

3. Mit seiner Berufung wegen des Ausspruchs über die Strafe und mit seiner Beschwerde wird der Angeklagte Mario L\*\*\*\*\* auf die vorstehende Entscheidung verwiesen.

4. Zur Entscheidung über die Berufungen der Angeklagten Klaus S\*\*\*\*\* (wegen des Ausspruchs über die Strafe) und Sandra L\*\*\*\*\* sowie über die Beschwerden dieser beiden Angeklagten und der Angeklagten Nadja K\*\*\*\*\* werden die Akten vorerst dem Oberlandesgericht Graz zugeleitet.

5. Dem Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* fallen auch die seine Nichtigkeitsbeschwerde betreffenden Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last, dem Angeklagten Klaus S\*\*\*\*\* auch die Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens.

## Text

Gründe:

Mit dem auch andere Angeklagte betreffenden und auch einen Teilstreispruch enthaltenden angefochtenen Urteil wurden Mario L\*\*\*\*\* des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten schweren gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 2, 129 Z 1 und 2, 130 vierter Fall, 15 StGB (A/1 bis 5) und der Vergehen nach § 27 Abs 1 zweiter und sechster Fall, Abs 2 Z 1 SMG „idF BGBl I Nr 134/2002“, teils als Versuch nach § 15 StGB (B/1 bis 3), und Klaus S\*\*\*\*\* des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten schweren gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 129 Z 1 und 2, 130 vierter Fall, 15 StGB (A/3 und 6/a bis d) schuldig erkannt. Mit dem auch andere Angeklagte betreffenden und auch einen Teilstreispruch enthaltenden angefochtenen Urteil wurden Mario L\*\*\*\*\* des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten schweren gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach Paragraphen 127., 128 Absatz 2., 129 Ziffer eins und 2, 130 vierter Fall, 15 StGB (A/1 bis 5) und der Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, zweiter und sechster Fall, Absatz 2, Ziffer eins, SMG „idF BGBl römisch eins Nr 134/2002“, teils als Versuch nach Paragraph 15, StGB (B/1 bis 3), und Klaus S\*\*\*\*\* des Verbrechens des teils versuchten, teils vollendeten schweren gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach Paragraphen 127., 129 Ziffer eins und 2, 130 vierter Fall, 15 StGB (A/3 und 6/a bis d) schuldig erkannt.

Danach haben

„A) zu nachangeführten Zeitpunkten teils im bewussten und gewollten Zusammenwirken als unmittelbare Täter in unterschiedlichen Täterzusammensetzungen, teils Mario L\*\*\*\*\* und Klaus S\*\*\*\*\* allein, den Nachgenannten fremde bewegliche Sachen, Nadja K\*\*\*\*\* und Mario L\*\*\*\*\* in einem 3.000, nicht jedoch 50.000 Euro übersteigenden Wert durch Einbruch mit dem Vorsatz teils weggenommen, Mario L\*\*\*\*\* und Klaus S\*\*\*\*\* teils wegzunehmen versucht, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, Mario L\*\*\*\*\* und Klaus S\*\*\*\*\* darüber hinaus in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Tathandlungen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, und zwar

1. Mario L\*\*\*\*\* und Nadja K\*\*\*\*\* in der Nacht zum 24. Dezember 2007 in Bruck an der Mur der Renate W\*\*\*\*\* 583 Stangen Zigaretten im Gesamtwert von 1.939,55 Euro, drei Dosen Tabak im Gesamtwert von 45,75 Euro, 359 Autobahnvignetten im Gesamtwert von 24.670,60 Euro, Bargeld im Gesamtbetrag von 4.024,75 Euro, einen Laptop, eine unbekannte Anzahl Tabakzubehörwaren sowie Fahrscheine der M\*\*\*\*\* und der V\*\*\*\*\* sowie Telefonwertkarten in unbekanntem Gesamtwert durch Einschlagen der Scheibe zur Eingangstür zu deren Trafik mit einem Brecheisen und Nachsperrung eines Tresors mit einem widerrechtlich erlangten Schlüssel;

2. Mario L\*\*\*\*\* allein in der Nacht zum 24. Dezember 2007 in Bruck an der Mur Berechtigten der Firma M\*\*\*\*\* Bargeld im Gesamtbetrag von ca. 20 Euro durch Aufbrechen der Kassen von zumindest sechs sogenannten stummen Zeitungsverkäufern;

3. Mario L\*\*\*\*\* und Klaus S\*\*\*\*\* in der Nacht zum 20. September 2007 in Bruck an der Mur Berechtigten des S\*\*\*\*\* Bargeld samt Gutscheine der Firma P\*\*\*\*\* Markt im Gesamtbetrag von zumindest 1.600 Euro und einen Computer im Wert von 250 Euro durch Einschlagen der Verglasung eines Doppelflügelfensters, nachfolgendes Einsteigen und Aufbrechen der Lade eines Schreibtischrollwagens sowie Nachsperrung eines Schranktresors mit einem widerrechtlich erlangten Schlüssel;

4. Mario L\*\*\*\*\* und Sandra L\*\*\*\*\* in der Nacht zum 22. Oktober 2007 in Bruck an der Mur Berechtigten des S\*\*\*\*\* Bargeld im Betrag von zumindest 300 Euro durch Einschlagen der Verglasung eines Doppelflügelfensters, nachfolgendes Einstiegen und Aufbrechen der Lade eines Rollcontainers;

5. Mario L\*\*\*\*\* und Sandra L\*\*\*\*\* in der Nacht zum 12. November 2007 in Bruck an der Mur Berechtigten der S\*\*\*\*\* nicht näher bekannte Fahrnisse und Bargeld in unbekanntem Wert durch Aufbrechen der Lieferanteneingangstüre sowie einer Fluchttüre mit einem Geißfuß und Einschlagen der Doppelverglasung des Haupteinganges, wobei es jeweils beim Versuch blieb;

6. Klaus S\*\*\*\*\* allein am 7. Jänner 2008 in Kapfenberg

a) Verantwortlichen der Firma C\*\*\*\*\* zwei Kauknochen für Hunde der Marke P\*\*\*\*\* im unbekannten Gesamtwert, wobei es teilweise beim Versuch blieb;

b) Verantwortlichen der Firma W\*\*\*\*\* eine Packung Rasierklingen im Wert von 10,49 Euro, ein Paar Handschuhe im Wert von 4,49 Euro, zwei Hauben im Wert von 3,99 Euro und 6,99 Euro, einen Schal im Wert von 5,99 Euro, eine Kerze im Wert von 1,99 Euro und eine Packung Hundeknochen der Marke D\*\*\*\*\* im Wert von 2,49 Euro, somit Waren im Gesamtwert von 36,43 Euro, wobei es beim Versuch blieb;

c) Hans Jörg S\*\*\*\*\* eine schwarze Handtasche in Rucksackform, eine Geldbörse, neun Dosen alkoholfreie Getränke, eine Packung Zigarren und diverse Batterien in unbekanntem Gesamtwert sowie 61 Schachteln Zigaretten im Wert von ca. 200 Euro durch Aufzwingen der Eingangstüre zur B\*\*\*\*\* mit einem Brecheisen;

d) Hans Michael W\*\*\*\*\* nicht näher bekannte Fahrnisse und Bargeld in unbekanntem Wert durch Aufbrechen der Eingangstüre zur Trafik W\*\*\*\*\*, wobei es beim Versuch blieb;

B) Mario L\*\*\*\*\* den bestehenden Vorschriften zuwider Suchtgift

besessen und anderen überlassen, wodurch er auch zu den Tatzeitpunkten einem Minderjährigen den Gebrauch von Suchtgift ermöglichte und selbst volljährig und mehr als zwei Jahre älter als der Minderjährige war, wobei es teilweise beim Versuch geblieben ist, indem er im Zeitraum von 24. Dezember 2007 bis 14. Jänner 2008 in Leoben in wiederholten Angriffen morphinsulfatpentahydrathältiges Substital

1. 1.Ziffer eins

tatsächlich innehatte;

2. 2.Ziffer 2

dem abgesondert verfolgten Almaz H\*\*\*\*\* (geboren am 30. Juni 1990) zur Übernahme anbot, wobei es beim Versuch blieb;

3. am 9. Jänner 2008 in seiner Haftzelle der Justizanstalt Leoben (Haftraum N\*\*\*\*\*) verwahrte."

### **Rechtliche Beurteilung**

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Mario L\*\*\*\*\*

Dieser Angeklagte hat zwar gegen das Urteil Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung „wegen Schuld und Strafe“ angemeldet (ON 57), nach Zustellung der Urteilsausfertigung aber nur die Berufung (gegen den Ausspruch über die Strafe) ausgeführt (ON 71). Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher mangels Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen - was an sich schon dem Erstgericht oblag (§§ 285 Abs 1, 285a Z 2 StPO) - zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 Z 1 erster Fall StPO), desgleichen die zur Anfechtung kollegialgerichtlicher Urteile im Gesetz nicht vorgesehene (§§ 280 Abs 1, 283 Abs 1 StPO) Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld. Dieser Angeklagte hat zwar gegen das Urteil Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung „wegen Schuld und Strafe“ angemeldet (ON 57), nach Zustellung der Urteilsausfertigung aber nur die Berufung (gegen den Ausspruch über die Strafe) ausgeführt (ON 71). Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher mangels Geltendmachung von Nichtigkeitsgründen - was an sich schon dem Erstgericht oblag (Paragraphen 285, Absatz eins, 285a Ziffer 2, StPO) - zurückzuweisen (Paragraph 285 d, Absatz eins, Ziffer eins, erster Fall StPO), desgleichen die zur Anfechtung kollegialgerichtlicher Urteile im Gesetz nicht vorgesehene (Paragraphen 280, Absatz eins, 283 Absatz eins, StPO) Berufung wegen des Ausspruchs über die Schuld.

Anzumerken ist, dass dem Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* angesichts der festgestellten Schadenshöhe von insgesamt zwar mehr als 3.000 Euro, aber nicht mehr als 50.000 Euro die Qualifikation nach § 128 Abs 2 StGB rechtsirrig an Stelle jener

nach § 128 Abs 1 Z 4 StGB angelastet wurde. Weil es aber auf sie angesichts der weiteren Qualifikation nach § 130 vierter Fall StGB für den Strafsatz nicht ankam und sich die rechtsirrig angenommene Qualifikation auch bei der Strafbemessung nicht nachteilig auswirkte (als erschwerend wurde insoweit „die dreifache Qualifikation“ gewertet, US 20), bestand kein Anlass zu amtswegigem Einschreiten nach § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO. Sieht sich der Oberste Gerichtshof unter ausdrücklichem Hinweis auf eine verfehlte Subsumtion mangels eines darüber hinausgehenden konkreten Nachteils für den Angeklagten nicht zu amtswegigem Vorgehen nach § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO veranlasst, so besteht bei der Entscheidung über die Berufung, bei der das Berungsgericht an die in der Rechtsmittelschrift vorgetragenen Berufungsgründe nicht gebunden ist, insoweit auch keine (dem Berufungswerber zum Nachteil gereichende) Bindung an den Ausspruch des Erstgerichts über das anzuwendende Strafgesetz nach § 295 Abs 1 erster Satz StPO (RIS-Justiz RS0118870). Anzumerken ist, dass dem Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* angesichts der festgestellten Schadenshöhe von insgesamt zwar mehr als 3.000 Euro, aber nicht mehr als 50.000 Euro die Qualifikation nach Paragraph 128, Absatz 2, StGB rechtsirrig an Stelle jener nach Paragraph 128, Absatz eins, Ziffer 4, StGB angelastet wurde. Weil es aber auf sie angesichts der weiteren Qualifikation nach Paragraph 130, vierter Fall StGB für den Strafsatz nicht ankam und sich die rechtsirrig angenommene Qualifikation auch bei der Strafbemessung nicht nachteilig auswirkte (als erschwerend wurde insoweit „die dreifache Qualifikation“ gewertet, US 20), bestand kein Anlass zu amtswegigem Einschreiten nach Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO. Sieht sich der Oberste Gerichtshof unter ausdrücklichem Hinweis auf eine verfehlte Subsumtion mangels eines darüber hinausgehenden konkreten Nachteils für den Angeklagten nicht zu amtswegigem Vorgehen nach Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO veranlasst, so besteht bei der Entscheidung über die Berufung, bei der das Berungsgericht an die in der Rechtsmittelschrift vorgetragenen Berufungsgründe nicht gebunden ist, insoweit auch keine (dem Berufungswerber zum Nachteil gereichende) Bindung an den Ausspruch des Erstgerichts über das anzuwendende Strafgesetz nach Paragraph 295, Absatz eins, erster Satz StPO (RIS-Justiz RS0118870).

Doch war in anderer Hinsicht gemäß § 290 Abs 1 zweiter Satz StPO vorzugehenDoch war in anderer Hinsicht gemäß Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO vorzugehen:

Nicht nur, dass zum Schulterspruch wegen der Vergehen nach § 27 Abs 1 zweiter und sechster Fall, Abs 2 Z 1 SMG „idF BGBI I Nr 134/2002“, der übrigens in Ansehung ab 1. Jänner 2008 gesetzten Verhaltens auf weder zur Tatzeit noch zur Urteilszeit in Kraft gestandene Bestimmungen gestützt wurde (die vom Erstgericht herangezogenen Normen wurden mit 1. Jänner 2008 durch andere ersetzt, BGBI I 2007/110, Art 30), keine Feststellungen zur subjektiven Tatseite in Betreff des Innehabens und Verwahrens von Substitut und des Anbieters desselben „zur Übernahme“ durch Almaz H\*\*\*\*\* (US 17 f) getroffen wurden, was Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 9 lit a StPO bedeutet, hat das Erstgericht die Neufassung der Bestimmung der §§ 35 Abs 1, 37 SMG durch BGBI I Nr 110/2007 unbeachtet gelassen. Danach hat das Gericht das Verfahren wegen einer strafbaren Handlung nach § 27 Abs 1 und 2 SMG, die ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden ist, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat, unter den in § 35 Abs 3 bis 7 SMG genannten Voraussetzungen und Bedingungen bis zum Schluss der Hauptverhandlung mit Beschluss einzustellen. Der Umstand, dass sich der Angeklagte zur Tatzeit in Haft befand, spielt für die Anwendbarkeit des § 35 Abs 1 SMG keine Rolle (RIS-Justiz RS0113621 [T3]). Nicht nur, dass zum Schulterspruch wegen der Vergehen nach Paragraph 27, Absatz eins, zweiter und sechster Fall, Absatz 2, Ziffer eins, SMG „idF BGBI römisch eins Nr 134/2002“, der übrigens in Ansehung ab 1. Jänner 2008 gesetzten Verhaltens auf weder zur Tatzeit noch zur Urteilszeit in Kraft gestandene Bestimmungen gestützt wurde (die vom Erstgericht herangezogenen Normen wurden mit 1. Jänner 2008 durch andere ersetzt, BGBI römisch eins 2007/110, Artikel 30,), keine Feststellungen zur subjektiven Tatseite in Betreff des Innehabens und Verwahrens von Substitut und des Anbieters desselben „zur Übernahme“ durch Almaz H\*\*\*\*\* (US 17 f) getroffen wurden, was Nichtigkeit nach Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 9, Litera a, StPO bedeutet, hat das Erstgericht die Neufassung der Bestimmung der Paragraphen 35, Absatz eins, 37 SMG durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 110 aus 2007, unbeachtet gelassen. Danach hat das Gericht das Verfahren wegen einer strafbaren Handlung nach Paragraph 27, Absatz eins und 2 SMG, die ausschließlich für den eigenen persönlichen Gebrauch oder den persönlichen Gebrauch eines anderen begangen worden ist, ohne dass der Beschuldigte daraus einen Vorteil gezogen hat, unter den in Paragraph 35, Absatz 3 bis 7 SMG genannten Voraussetzungen und Bedingungen bis zum Schluss der Hauptverhandlung mit Beschluss einzustellen. Der Umstand, dass sich der Angeklagte zur Tatzeit in Haft befand, spielt für die Anwendbarkeit des Paragraph 35, Absatz eins, SMG keine Rolle (RIS-Justiz RS0113621 [T3]).

Obwohl das Vorliegen der Voraussetzungen nach §§ 35 Abs 1, 37 SMG indiziert (S 259 f/II, ON 44) und, was das bis 31. Dezember 2007 gesetzte Tatverhalten betrifft, die seit 1. Jänner 2008 (BGBl I 2007/110 Art 30), somit bei Urteilsfällung geltende Rechtslage aufgrund des neu eröffneten Anwendungsbereichs dieser Diversionsbestimmungen (zur Rechtsnatur ausführlich Rosbaud in Hinterhofer/Rosbaud, SMG § 35 Rz 1 und 7) auch auf Fälle der (vollendeten oder versuchten) Weitergabe von Suchtgift für den persönlichen Gebrauch eines anderen, ohne dass der Täter daraus einen Vorteil gezogen hat, für den Angeklagten nicht nur nicht ungünstiger (§ 61 Abs 1 StGB), sondern sogar günstiger war als die frühere und sie daher auf das gesamte in Rede stehende Tatverhalten (vom 24. Dezember 2007 bis zum 14. Jänner 2008, Schulterspruch Punkt B) angewendet werden konnte, hat das Erstgericht, ohne dass aus den getroffenen Feststellungen ein Hindernis für ein Vorgehen nach §§ 35 Abs 1, 37 Abs 1 SMG hervorgeinge, den ihm bei Zutreffen der dort normierten Voraussetzungen verwehrten Schulterspruch zu Punkt B gefällt, was Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 10a StPO bewirkte. Diese vom Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* nicht aufgegriffenen Nichtigkeitsgründe waren zu seinen Gunsten von Amts wegen wahrzunehmen (§ 290 Abs 1 zweiter Satz StPO), sodass der Schulterspruch nach dem Suchtmittelgesetz und demzufolge auch der Strafausspruch zu kassieren und die Sache zwecks Prüfung eines Vorgehens nach §§ 35 Abs 1, 37 SMG an das Erstgericht zu verweisen war, welchem demzufolge hinsichtlich dieses Angeklagten - jedenfalls in Betreff des rechtskräftig abgeurteilten Diebstahls (A/1 bis 5) - auch die neuerliche Straffestsetzung obliegt. Obwohl das Vorliegen der Voraussetzungen nach Paragraphen 35, Absatz eins,, 37 SMG indiziert (S 259 f/II, ON 44) und, was das bis 31. Dezember 2007 gesetzte Tatverhalten betrifft, die seit 1. Jänner 2008 (BGBl römisch eins 2007/110 Artikel 30,), somit bei Urteilsfällung geltende Rechtslage aufgrund des neu eröffneten Anwendungsbereichs dieser Diversionsbestimmungen (zur Rechtsnatur ausführlich Rosbaud in Hinterhofer/Rosbaud, SMG Paragraph 35, Rz 1 und 7) auch auf Fälle der (vollendeten oder versuchten) Weitergabe von Suchtgift für den persönlichen Gebrauch eines anderen, ohne dass der Täter daraus einen Vorteil gezogen hat, für den Angeklagten nicht nur nicht ungünstiger (Paragraph 61, Absatz eins, StGB), sondern sogar günstiger war als die frühere und sie daher auf das gesamte in Rede stehende Tatverhalten (vom 24. Dezember 2007 bis zum 14. Jänner 2008, Schulterspruch Punkt B) angewendet werden konnte, hat das Erstgericht, ohne dass aus den getroffenen Feststellungen ein Hindernis für ein Vorgehen nach Paragraphen 35, Absatz eins,, 37 Absatz eins, SMG hervorgeinge, den ihm bei Zutreffen der dort normierten Voraussetzungen verwehrten Schulterspruch zu Punkt B gefällt, was Nichtigkeit nach Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 10 a, StPO bewirkte. Diese vom Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* nicht aufgegriffenen Nichtigkeitsgründe waren zu seinen Gunsten von Amts wegen wahrzunehmen (Paragraph 290, Absatz eins, zweiter Satz StPO), sodass der Schulterspruch nach dem Suchtmittelgesetz und demzufolge auch der Strafausspruch zu kassieren und die Sache zwecks Prüfung eines Vorgehens nach Paragraphen 35, Absatz eins,, 37 SMG an das Erstgericht zu verweisen war, welchem demzufolge hinsichtlich dieses Angeklagten - jedenfalls in Betreff des rechtskräftig abgeurteilten Diebstahls (A/1 bis 5) - auch die neuerliche Straffestsetzung obliegt.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Klaus S\*\*\*\*\*:

Ein in verschiedener Hinsicht geltend gemachter Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot (Z 11 zweiter Fall) liegt nicht vor: Ein in verschiedener Hinsicht geltend gemachter Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot (Ziffer 11, zweiter Fall) liegt nicht vor:

1. Die Wertung der „zweifachen Qualifikation“ als erschwerend verletzt das Doppelverwertungsverbot (§ 32 Abs 2 erster Satz StGB) nur, wenn und soweit das Vorliegen von zur Erfüllung der einen Qualifikation erforderlichen Merkmalen zu den Voraussetzungen der strenger strafbedrohten anderen zählt (ohne dass die Qualifikationen zu einander im Verhältnis der Spezialität stehen, weil sonst die eine Qualifikation von der anderen verdrängt würde und ein Zusammentreffen gar nicht gegeben wäre). Nur dann kann nämlich gesagt werden, dass die schon für die eine Qualifikation maßgeblichen Umstände auch die andere und damit - was im gegebenen Zusammenhang entscheidend ist - die Strafdrohung bestimmen. Diese Umstände dürfen daher gemäß § 32 Abs 2 erster Satz StGB nicht auch noch als erschwerend in Rechnung gestellt werden, was bedeutet, dass (nur) in solchen Fällen bei der Strafbemessung das Zusammentreffen der zwei Qualifikationen bei sonstiger Nichtigkeit nach § 281 Abs 1 Z 11 zweiter Fall StPO außer Betracht zu bleiben hat. So gehört etwa bei einem diebischen Angriff (nur) die Erfüllung einer Qualifikation nach §§ 128 oder 129 StGB zu den Anwendungsvoraussetzungen des zweiten Strafsatzes des § 130 StGB. Ist also durch eine Tat außer einer Qualifikation nach § 130 zweiter Satz StGB nur eine Qualifikation nach §§ 128 oder 129 StGB verwirklicht, darf das Zusammentreffen nicht als erschwerend gewertet werden. Soweit die Erfüllung einer Qualifikation nicht zu den Voraussetzungen einer Strafsatzbestimmenden anderen zählt und demzufolge ohne Einfluss auf den Strafrahmen

ist, bildet das Zusammentreffen der Qualifikationen einen Erschwerungsgrund. Letzteres trifft bei tatmehrheitlicher Verwirklichung von in einer Subsumtionseinheit (§ 29 StGB) zusammengefassten Qualifikationen stets zu (RIS-Justiz RS0116020 [T3]), somit auch im vorliegenden Fall.1. Die Wertung der „zweifachen Qualifikation“ als erschwerend verletzt das Doppelverwertungsverbot (Paragraph 32, Absatz 2, erster Satz StGB) nur, wenn und soweit das Vorliegen von zur Erfüllung der einen Qualifikation erforderlichen Merkmalen zu den Voraussetzungen der strenger strafbedrohten anderen zählt (ohne dass die Qualifikationen zu einander im Verhältnis der Spezialität stehen, weil sonst die eine Qualifikation von der anderen verdrängt würde und ein Zusammentreffen gar nicht gegeben wäre). Nur dann kann nämlich gesagt werden, dass die schon für die eine Qualifikation maßgeblichen Umstände auch die andere und damit - was im gegebenen Zusammenhang entscheidend ist - die Strafdrohung bestimmen. Diese Umstände dürfen daher gemäß Paragraph 32, Absatz 2, erster Satz StGB nicht auch noch als erschwerend in Rechnung gestellt werden, was bedeutet, dass (nur) in solchen Fällen bei der Strafbemessung das Zusammentreffen der zwei Qualifikationen bei sonstiger Nichtigkeit nach Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 11, zweiter Fall StPO außer Betracht zu bleiben hat. So gehört etwa bei einem diebischen Angriff (nur) die Erfüllung einer Qualifikation nach Paragraphen 128, oder 129 StGB zu den Anwendungsvoraussetzungen des zweiten Strafsatzes des Paragraph 130, StGB. Ist also durch eine Tat außer einer Qualifikation nach Paragraph 130, zweiter Satz StGB nur eine Qualifikation nach Paragraphen 128, oder 129 StGB verwirklicht, darf das Zusammentreffen nicht als erschwerend gewertet werden. Soweit die Erfüllung einer Qualifikation nicht zu den Voraussetzungen einer strafsatzzbestimmenden anderen zählt und demzufolge ohne Einfluss auf den Strafrahmen ist, bildet das Zusammentreffen der Qualifikationen einen Erschwerungsgrund. Letzteres trifft bei tatmehrheitlicher Verwirklichung von in einer Subsumtionseinheit (Paragraph 29, StGB) zusammengefassten Qualifikationen stets zu (RIS-Justiz RS0116020 [T3]), somit auch im vorliegenden Fall.

2. Die Berücksichtigung raschen Rückfalls als erschwerend bei gewerbsmäßiger Tatbegehung verstößt nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, bestimmt doch ein (gleich ob rascher) Rückfall nicht die Strafdrohung des - dem Angeklagten zur Last liegenden - gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 129 Z 1 und 2, 130 vierter Fall StGB (§ 32 Abs 2 StGB; RIS-Justiz RS0106578).2. Die Berücksichtigung raschen Rückfalls als erschwerend bei gewerbsmäßiger Tatbegehung verstößt nicht gegen das Doppelverwertungsverbot, bestimmt doch ein (gleich ob rascher) Rückfall nicht die Strafdrohung des - dem Angeklagten zur Last liegenden - gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach Paragraphen 127, 129 Ziffer eins und 2, 130 vierter Fall StGB (Paragraph 32, Absatz 2, StGB; RIS-Justiz RS0106578).

3. Da § 39 StGB nicht an einen besonders raschen Rückfall (hiezu Ebner in WK<sup>2</sup> § 33 Rz 11) anknüpft, verstößt auch die aggravierende Berücksichtigung dieses Umstands neben der des Vorliegens der Voraussetzungen für die Strafschärfung bei Rückfall (§ 39 StGB) nicht gegen das Doppelverwertungsverbot (13 Os 70/07d).3. Da Paragraph 39, StGB nicht an einen besonders raschen Rückfall (hiezu Ebner in WK<sup>2</sup> Paragraph 33, Rz 11) anknüpft, verstößt auch die aggravierende Berücksichtigung dieses Umstands neben der des Vorliegens der Voraussetzungen für die Strafschärfung bei Rückfall (Paragraph 39, StGB) nicht gegen das Doppelverwertungsverbot (13 Os 70/07d).

Der gegen die Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen des § 39 StGB erhobene Einwand, der Angeklagte habe die über ihn im Verfahren AZ 11 Hv 163/07k-20 des Landesgerichts Leoben verhängte Strafe - genauer: den einmonatigen nicht bedingt nachgesehnen Teil der Freiheitsstrafe von neun Monaten (US 13) - noch nicht verbüßt, geht an der Vorhaftanrechnung in jenem Urteil (ON 20 jenes [in der Hauptverhandlung vorgekommenen, S 295/II] Aktes) vorbei: Ist eine nicht bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe oder der nicht bedingt nachgesehene Teil einer teilbedingten Freiheitsstrafe infolge Anrechnung einer Vorhaft auch nur zum Teil verbüßt, liegt eine von § 39 StGB erfassbare Vorstrafe vor (Leukauf/Steininger, Komm<sup>3</sup> § 39 Rz 5, Flora in WK<sup>2</sup> § 39 Rz 5). Der gegen die Annahme des Vorliegens der Voraussetzungen des Paragraph 39, StGB erhobene Einwand, der Angeklagte habe die über ihn im Verfahren AZ 11 Hv 163/07k-20 des Landesgerichts Leoben verhängte Strafe - genauer: den einmonatigen nicht bedingt nachgesehnen Teil der Freiheitsstrafe von neun Monaten (US 13) - noch nicht verbüßt, geht an der Vorhaftanrechnung in jenem Urteil (ON 20 jenes [in der Hauptverhandlung vorgekommenen, S 295/II] Aktes) vorbei: Ist eine nicht bedingt nachgesehene Freiheitsstrafe oder der nicht bedingt nachgesehene Teil einer teilbedingten Freiheitsstrafe infolge Anrechnung einer Vorhaft auch nur zum Teil verbüßt, liegt eine von Paragraph 39, StGB erfassbare Vorstrafe vor (Leukauf/Steininger, Komm<sup>3</sup> Paragraph 39, Rz 5, Flora in WK<sup>2</sup> Paragraph 39, Rz 5).

Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Klaus S\*\*\*\*\* war daher bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285d Abs 1 StPO), desgleichen die von ihm angemeldete, jedoch in der Prozessordnung zur

Anfechtung von Schöffennurteilen nicht vorgesehene „Berufung wegen Schuld“ (ON 59; §§ 280 Abs 1, 283 Abs 1 StPO). Aus der Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde folgt die Kompetenz des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über die Berufungen und Beschwerden wie aus dem Spruch ersichtlich (§ 285i StPO). Die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Klaus S\*\*\*\*\* war daher bei nichtöffentlicher Beratung sofort zurückzuweisen (Paragraph 285 d, Absatz eins, StPO), desgleichen die von ihm angemeldete, jedoch in der Prozessordnung zur Anfechtung von Schöffennurteilen nicht vorgesehene „Berufung wegen Schuld“ (ON 59; Paragraphen 280, Absatz eins, 283 Absatz eins, StPO). Aus der Erledigung der Nichtigkeitsbeschwerde folgt die Kompetenz des Oberlandesgerichts zur Entscheidung über die Berufungen und Beschwerden wie aus dem Spruch ersichtlich (Paragraph 285 i, StPO).

Den Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* betreffend wird das Landesgericht Leoben die Voraussetzungen eines diversionellen Vorgehens nach §§ 35 Abs 1, 37 Abs 1 SMG zu prüfen und im Fall eines solchen Vorgehens die Strafe für das rechtskräftig abgeurteilte Verbrechen des teils versuchten, teils vollendeten schweren gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 2, 129 Z 1 und 2, 130 vierter Fall, 15 StGB auszusprechen haben. Den Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* betreffend wird das Landesgericht Leoben die Voraussetzungen eines diversionellen Vorgehens nach Paragraphen 35, Absatz eins, 37 Absatz eins, SMG zu prüfen und im Fall eines solchen Vorgehens die Strafe für das rechtskräftig abgeurteilte Verbrechen des teils versuchten, teils vollendeten schweren gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach Paragraphen 127, 128 Absatz 2, 129 Ziffer eins und 2, 130 vierter Fall, 15 StGB auszusprechen haben.

Die Kostenersatzpflicht der Angeklagten beruht auf § 390a Abs 1 StPO; auf das amtswegige Vorgehen zu Gunsten des Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* entfallen freilich keine Kosten (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12). Die Kostenersatzpflicht der Angeklagten beruht auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO; auf das amtswegige Vorgehen zu Gunsten des Angeklagten Mario L\*\*\*\*\* entfallen freilich keine Kosten (Lendl, WK-StPO Paragraph 390 a, Rz 12).

#### **Anmerkung**

E8753513Os40.08v

#### **Schlagworte**

Kennung XPUBLDiese Entscheidung wurde veröffentlicht injus-Extra OGH-St 4170 = RZ 2009,67 EÜ130 - RZ 2009  
EÜ130XPUBLEND

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2008:0130OS00040.08V.0514.000

#### **Zuletzt aktualisiert am**

08.03.2010

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