

# TE OGH 2006/5/3 13Os29/06y

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.05.2006

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 3. Mai 2006 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Rouschal als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Ratz, Hon. Prof. Dr. Schroll, Mag. Hetlinger und Mag. Lendl als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Dachler als Schriftführerin in der Strafsache gegen Alan A\*\*\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des schweren und gewerbsmäßigen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 2, 130 erster Fall StGB und einer weiteren strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Burhan K\*\*\*\*\* und Ismail A\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes Ried im Innkreis als Schöffengericht vom 8. Februar 2006, GZ 10 Hv 2/06p-67, nach Anhörung der Generalprokurator und Äußerung der Verteidiger des Angeklagten A\*\*\*\*\* gemäß § 35 Abs 2 StPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 3. Mai 2006 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Rouschal als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon. Prof. Dr. Ratz, Hon. Prof. Dr. Schroll, Mag. Hetlinger und Mag. Lendl als weitere Richter in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Dachler als Schriftführerin in der Strafsache gegen Alan A\*\*\*\*\* und andere Angeklagte wegen des Verbrechens des schweren und gewerbsmäßigen Diebstahls nach Paragraphen 127., 128 Absatz 2., 130 erster Fall StGB und einer weiteren strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerden und die Berufungen der Angeklagten Burhan K\*\*\*\*\* und Ismail A\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes Ried im Innkreis als Schöffengericht vom 8. Februar 2006, GZ 10 Hv 2/06p-67, nach Anhörung der Generalprokurator und Äußerung der Verteidiger des Angeklagten A\*\*\*\*\* gemäß Paragraph 35, Absatz 2, StPO in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

In Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Ismail A\*\*\*\*\* und aus Anlass der beiden Nichtigkeitsbeschwerden wird das angefochtene Urteil, das ansonsten unberührt bleibt, in der Subsumtion der von den drei Angeklagten begangenen Diebstähle nach § 130 erster Fall StGB sowie in der Subsumtion der von Burhan K\*\*\*\*\* und Ismail A\*\*\*\*\* begangenen Diebstähle nach § 128 Abs 2 StGB, demnach auch in sämtlichen Strafaussprüchen (einschließlich der Vorhaftanrechnung), aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Ried im Innkreis verwiesen. In Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Ismail A\*\*\*\*\* und aus Anlass der beiden Nichtigkeitsbeschwerden wird das angefochtene Urteil, das ansonsten unberührt bleibt, in der Subsumtion der von den drei Angeklagten begangenen Diebstähle nach Paragraph 130, erster Fall StGB sowie in der Subsumtion der von Burhan K\*\*\*\*\* und Ismail A\*\*\*\*\* begangenen Diebstähle nach Paragraph 128, Absatz 2, StGB, demnach auch in sämtlichen Strafaussprüchen (einschließlich der Vorhaftanrechnung), aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Landesgericht Ried im Innkreis verwiesen.

Mit ihren Berufungen, Burhan K\*\*\*\*\* auch mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde, werden die Angeklagten auf diese Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten Ismail A\*\*\*\*\* fallen auch die auf seine Nichtigkeitsbeschwerde entfallenden Kosten des bisherigen Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## **Text**

Gründe:

Burhan K\*\*\*\*\* und Ismail A\*\*\*\*\* - dieser als Beitragstäter nach § 12 dritter Fall StGB - wurden jeweils des Verbrechens des schweren und gewerbsmäßigen Diebstahls nach §§ 127, 128 Abs 2, 130 erster Fall StGB, Alan A\*\*\*\*\* des Verbrechens des gewerbsmäßigen Diebstahls als Beitragstäter nach §§ 12 dritter Fall, 127, 130 erster Fall StGB schuldig erkannt.Burhan K\*\*\*\*\* und Ismail A\*\*\*\*\* - dieser als Beitragstäter nach Paragraph 12, dritter Fall StGB - wurden jeweils des Verbrechens des schweren und gewerbsmäßigen Diebstahls nach Paragraphen 127., 128 Absatz 2., 130 erster Fall StGB, Alan A\*\*\*\*\* des Verbrechens des gewerbsmäßigen Diebstahls als Beitragstäter nach Paragraphen 12, dritter Fall, 127, 130 erster Fall StGB schuldig erkannt.

Danach haben mit auf unrechtmäßige Bereicherung gerichtetem Vorsatz und in der Absicht, sich durch wiederkehrenden Diebstahl eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen,

1. Burhan K\*\*\*\*\* von 29. Oktober bis 4. November 2005 in zahlreichen Angriffen unter Verwendung einer gestohlenen Tankkarte Gewahrsamsträgern der Fa. W\*\*\*\*\* in R\*\*\*\*\* insgesamt 55.489 Liter Dieselöl im Wert von 53.985,19 Euro zum Nachteil der Transportfirma Sch\*\*\*\*\* weggenommen,
2. Ismail A\*\*\*\*\* , zu der zu 1. genannten strafbaren Handlung beigetragen, indem er K\*\*\*\*\* ausländische LKW-Lenker zuführte;
3. Alan A\*\*\*\*\* am 3. und 4. November 2005 zu der zu 1. genannten strafbaren Handlung beigetragen, indem er im Auftrag des Burhan K\*\*\*\*\* Betankungen vornahm.

Gegen dieses Urteil richten sich von Burhan K\*\*\*\*\* aus Z 11 zweiter Fall, von Ismail A\*\*\*\*\* aus Z 4, 5a und 10 des § 281 Abs 1 StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerden.Gegen dieses Urteil richten sich von Burhan K\*\*\*\*\* aus Ziffer 11, zweiter Fall, von Ismail A\*\*\*\*\* aus Ziffer 4,, 5a und 10 des Paragraph 281, Absatz eins, StPO ergriffene Nichtigkeitsbeschwerden.

## **Rechtliche Beurteilung**

Der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Ismail A\*\*\*\*\* kommt teilweise Berechtigung zu (§§ 285e erster Satz, 288 Abs 2 Z 3 zweiter Satz StPO).Der Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Ismail A\*\*\*\*\* kommt teilweise Berechtigung zu (Paragraphen 285 e, erster Satz, 288 Absatz 2, Ziffer 3, zweiter Satz StPO).

Unberechtigt ist allerdings die Verfahrensrüge (Z 4). Der Antrag auf „Einvernahme des Erstangeklagten Alan A\*\*\*\*\* unter Beziehung eines Dolmetschers für die kurdische Sprache, weil der Angeklagte Alan A\*\*\*\*\* bei der heutigen Hauptverhandlung erklärt hat, dass er zwar der deutschen Sprache etwas mächtig ist, allerdings seine Muttersprache Kurdisch ist und er besser Kurdisch spricht als Deutsch und Arabisch nur eine Stunde täglich in der Schule gesprochen hat“ (S 29/II), enthielt kein Beweisthema und ließ solcherart nicht erkennen, welche zur Schuld- oder Subsumtionsfrage relevanten Umstände durch eine solche ergänzende Abhörung des Mitangeklagten hätten geklärt werden sollen. Nachträgliches Vorbringen aber ist unbeachtlich. Das Schöffengericht ging bei der Abweisung des Antrags zudem davon aus, dass sich A\*\*\*\*\* „in Deutsch und in Arabisch eindeutig verständlich machen konnte“ (S 31/II; vgl auch die Angaben dieses Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung, wonach er „sehr gut Deutsch spreche“, S 2/II und S 15/II), nachdem die Hauptverhandlung zuvor unter Beziehung je eines Dolmetschers für die türkische und die arabische Sprache durchgeführt worden war - eine Sachverhaltsannahme, die weder erheblich bedenklich erscheint, noch vom Beschwerdeführer nach Maßgabe der Kriterien der Z 5 des § 281 Abs 1 StPO in Frage gestellt wird (Ratz, WK-StPO § 281 Rz 40 ff; 11 Os 34/04, 14 Os 87/03 = SSt 2003/60 uva). Auch unter dem Aspekt einer bloßen Wiederholung der Vernehmung A\*\*\*\*\* ist die prozessleitende Verfügung des Schöffengerichtes demnach nicht zu beanstanden. Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die ergänzende Verlesung der vor der Polizei getätigten Angaben A\*\*\*\*\* mit der Behauptung wendet, dies sei ohne sein Einverständnis geschehen (vgl aber S 29/II), übersieht er, dass es sich dabei um kein durch § 252 Abs 1 StPO verpöntes Unmittelbarkeitssurrogat handelt (WK-StPO § 281 Rz 230). Der Antrag auf „Einvernahme der Zeugen Halit S\*\*\*\*\* und Süleyman Al\*\*\*\*\* zum Beweis dafür, dass vom Angeklagten kein einziger türkischer Fahrer angesprochen und zur Tankstelle nach R\*\*\*\*\* bzw K\*\*\*\*\* vermittelt wurde“ (S 29/II), entbehrte des vorliegend erforderlichen Hinweises, weshalb diese beiden Zeugen derartige Angaben zu machen in der Lage sein

würden. Selbst im Rechtsmittel wird nur - ohnehin verspätet - unter Hinweis auf die angebliche „Erfahrungstatsache, dass Fernfahrer einer Nationalität (Türkei), die sich regelmäßig auf Parkplätzen in Europa treffen (so auch in Regensburg), Bescheid wissen über diverse (-) wenn möglich auch strafrechtlich relevante - Vorkommnisse“ damit spekuliert, dass die beiden über Dritte etwas vom Tatgeschehen erfahren haben könnten. Mit dem Vorbringen, das Schöffengericht habe keine die Subsumtion der Diebstahlstaten unter die Wertqualifikation des § 128 Abs 2 StGB tragende Feststellung zum Vorsatz des Angeklagten getroffen (§ 7 Abs 1 StGB), ist der Beschwerdeführer jedoch im Recht (Z 10). Die Konstatierung, wonach er sich mit Burhan K\*\*\*\*\* beraten habe, „wie sie mit der gestohlenen Tankkarte soviel Diebstähle von Dieselkraftstoff begehen könnten, wie nur möglich“, genügt dafür auch angesichts des tatsächlich eingetretenen - arbeitsteilig bewirkten - Gesamtschadens von 53.985,19 Euro nicht (vgl US 6). Aufgrund des Erfolgs der Mängelrüge kann das nur gegen die Schadensqualifikation gerichtete Vorbringen der Tatsachenrüge (Z 5a) auf sich beruhen. An dem von Ismail A\*\*\*\*\* zutreffend geltend gemachten Rechtsmangel leidet das Urteil auch beim Angeklagten Burhan K\*\*\*\*\*<sup>1</sup>, was von Amts wegen wahrzunehmen war (§§ 285e erster Satz, 290 Abs 1 zweiter Satz StPO). Aufgrund der mit der Aufhebung der Subsumtion der Taten nach § 128 Abs 2 StGB verbundenen Kassation des Strafausspruchs ist die Sanktionsrüge dieses Angeklagten gegenstandslos. Unberechtigt ist allerdings die Verfahrensrüge (Ziffer 4.). Der Antrag auf „Einvernahme des Erstangeklagten Alan A\*\*\*\*\* unter Beziehung eines Dolmetschers für die kurdische Sprache, weil der Angeklagte Alan A\*\*\*\*\* bei der heutigen Hauptverhandlung erklärt hat, dass er zwar der deutschen Sprache etwas mächtig ist, allerdings seine Muttersprache Kurdisch ist und er besser Kurdisch spricht als Deutsch und Arabisch nur eine Stunde täglich in der Schule gesprochen hat“ (S 29/II), enthielt kein Beweisthema und ließ solcherart nicht erkennen, welche zur Schuld- oder Subsumtionsfrage relevanten Umstände durch eine solche ergänzende Abhörung des Mitangeklagten hätten geklärt werden sollen. Nachträgliches Vorbringen aber ist unbeachtlich. Das Schöffengericht ging bei der Abweisung des Antrags zudem davon aus, dass sich A\*\*\*\*\* „in Deutsch und in Arabisch eindeutig verständlich machen konnte“ (S 31/II; vergleiche auch die Angaben dieses Angeklagten zu Beginn der Hauptverhandlung, wonach er „sehr gut Deutsch spreche“, S 2/II und S 15/II), nachdem die Hauptverhandlung zuvor unter Beziehung je eines Dolmetschers für die türkische und die arabische Sprache durchgeführt worden war - eine Sachverhaltsannahme, die weder erheblich bedenklich erscheint, noch vom Beschwerdeführer nach Maßgabe der Kriterien der Ziffer 5, des Paragraph 281, Absatz eins, StPO in Frage gestellt wird (Ratz, WK-StPO Paragraph 281, Rz 40 ff; 11 Os 34/04, 14 Os 87/03 = SSt 2003/60 uva). Auch unter dem Aspekt einer bloßen Wiederholung der Vernehmung A\*\*\*\*\* ist die prozessleitende Verfügung des Schöffengerichtes demnach nicht zu beanstanden. Soweit sich der Beschwerdeführer gegen die ergänzende Verlesung der vor der Polizei getätigten Angaben A\*\*\*\*\* mit der Behauptung wendet, dies sei ohne sein Einverständnis geschehen vergleiche aber S 29/II), übersieht er, dass es sich dabei um kein durch Paragraph 252, Absatz eins, StPO verpöntes Unmittelbarkeitssurrogat handelt (WK-StPO Paragraph 281, Rz 230). Der Antrag auf „Einvernahme der Zeugen Halit S\*\*\*\*\* und Süleyman Al\*\*\*\*\* zum Beweis dafür, dass vom Angeklagten kein einziger türkischer Fahrer angesprochen und zur Tankstelle nach R\*\*\*\*\* bzw K\*\*\*\*\* vermittelt wurde“ (S 29/II), entbehrt des vorliegend erforderlichen Hinweises, weshalb diese beiden Zeugen derartige Angaben zu machen in der Lage sein würden. Selbst im Rechtsmittel wird nur - ohnehin verspätet - unter Hinweis auf die angebliche „Erfahrungstatsache, dass Fernfahrer einer Nationalität (Türkei), die sich regelmäßig auf Parkplätzen in Europa treffen (so auch in Regensburg), Bescheid wissen über diverse (-) wenn möglich auch strafrechtlich relevante - Vorkommnisse“ damit spekuliert, dass die beiden über Dritte etwas vom Tatgeschehen erfahren haben könnten. Mit dem Vorbringen, das Schöffengericht habe keine die Subsumtion der Diebstahlstaten unter die Wertqualifikation des Paragraph 128, Absatz 2, StGB tragende Feststellung zum Vorsatz des Angeklagten getroffen (Paragraph 7, Absatz eins, StGB), ist der Beschwerdeführer jedoch im Recht (Ziffer 10.). Die Konstatierung, wonach er sich mit Burhan K\*\*\*\*\* beraten habe, „wie sie mit der gestohlenen Tankkarte soviel Diebstähle von Dieselkraftstoff begehen könnten, wie nur möglich“, genügt dafür auch angesichts des tatsächlich eingetretenen - arbeitsteilig bewirkten - Gesamtschadens von 53.985,19 Euro nicht vergleiche US 6). Aufgrund des Erfolgs der Mängelrüge kann das nur gegen die Schadensqualifikation gerichtete Vorbringen der Tatsachenrüge (Ziffer 5 a,) auf sich beruhen. An dem von Ismail A\*\*\*\*\* zutreffend geltend gemachten Rechtsmangel leidet das Urteil auch beim Angeklagten Burhan K\*\*\*\*\*<sup>1</sup>, was von Amts wegen wahrzunehmen war (Paragraphen 285 e, erster Satz, 290 Absatz eins, zweiter Satz StPO). Aufgrund der mit der Aufhebung der Subsumtion der Taten nach Paragraph 128, Absatz 2, StGB verbundenen Kassation des Strafausspruchs ist die Sanktionsrüge dieses Angeklagten gegenstandslos.

Aus Anlass beider Nichtigkeitsbeschwerden hat sich der Oberste Gerichtshof schließlich davon überzeugt, dass die hinsichtlich sämtlicher Angeklagten für begründet angesehene gewerbsmäßige Begehung (§ 130 erster Fall StGB) der

für diese rechtliche Unterstellung erforderlichen Feststellungen entbehrt (§§ 285e erster Satz, 290 Abs 1 zweiter Satz StPO). In den Entscheidungsgründen findet sich zwar die Aussage, dass alle drei Angeklagten beabsichtigten, „sich durch die wiederkehrende Begehung von Dieseldiebstählen eine fortlaufende zusätzliche Einnahme zu verschaffen“ (US 6, 8), nicht aber der für eine (Einzelfall-)Feststellung erforderliche Bezug des Tatbestandsmerkmals „fortlaufend“ zu einem historischen Sachverhalt (WK-StPO § 281 Rz 8). Da den Entscheidungsgründen demnach keine Feststellung zu entnehmen ist, welche die rechtliche Beurteilung erlauben würde, dass sich die auf Erzielung von Einnahmen gerichtete Absicht auf einen Zeitraum von zumindest einigen Wochen bezog (vgl Jerabek in WK2 § 70 Rz 7, Fabrizy StGB9 § 70 Rz 1), leidet der Schulterspruch sämtlicher Angeklagten an einem Rechtsfehler im Sinn des § 281 Abs 1 Z 10 StPO. Dies führt, auch in Betreff des Angeklagten Alan A\*\*\*\*\*\*, hinsichtlich dessen von keiner Seite Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wurde, zur Aufhebung der rechtlichen Unterstellung der Diebstähle nach § 130 erster Fall StGB (Ratz, WK-StPO § 290 Rz 9). Aus Anlass beider Nichtigkeitsbeschwerden hat sich der Oberste Gerichtshof schließlich davon überzeugt, dass die hinsichtlich sämtlicher Angeklagten für begründet angesehene gewerbsmäßige Begehung (Paragraph 130, erster Fall StGB) der für diese rechtliche Unterstellung erforderlichen Feststellungen entbehrt (Paragrafen 285 e, erster Satz, 290 Absatz eins, zweiter Satz StPO). In den Entscheidungsgründen findet sich zwar die Aussage, dass alle drei Angeklagten beabsichtigten, „sich durch die wiederkehrende Begehung von Dieseldiebstählen eine fortlaufende zusätzliche Einnahme zu verschaffen“ (US 6, 8), nicht aber der für eine (Einzelfall-)Feststellung erforderliche Bezug des Tatbestandsmerkmals „fortlaufend“ zu einem historischen Sachverhalt (WK-StPO Paragraph 281, Rz 8). Da den Entscheidungsgründen demnach keine Feststellung zu entnehmen ist, welche die rechtliche Beurteilung erlauben würde, dass sich die auf Erzielung von Einnahmen gerichtete Absicht auf einen Zeitraum von zumindest einigen Wochen bezog vergleiche Jerabek in WK2 Paragraph 70, Rz 7, Fabrizy StGB9 Paragraph 70, Rz 1), leidet der Schulterspruch sämtlicher Angeklagten an einem Rechtsfehler im Sinn des Paragraph 281, Absatz eins, Ziffer 10, StPO. Dies führt, auch in Betreff des Angeklagten Alan A\*\*\*\*\*\*, hinsichtlich dessen von keiner Seite Nichtigkeitsbeschwerde erhoben wurde, zur Aufhebung der rechtlichen Unterstellung der Diebstähle nach Paragraph 130, erster Fall StGB (Ratz, WK-StPO Paragraph 290, Rz 9).

Im nachfolgenden Rechtsgang wird für den Fall erneuter Annahme von Gewerbsmäßigkeit einwandfrei zu begründen sein, aufgrund welcher Umstände die Angeklagten erwartet haben, dass Diebstahl und unbefugte Verwendung ein- und derselben Tankkarte über einen Zeitraum von zumindest mehreren Wochen unentdeckt bleiben würden. Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten Ismail A\*\*\*\*\* gründet sich auf § 390a Abs 1 StPO. Kostenersatz für die getroffenen amtsweigigen Maßnahmen kennt das Gesetz hingegen nicht (Lendl, WK-StPO § 390a Rz 12). Da die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Burhan K\*\*\*\*\* aufgrund einer amtsweigigen Maßnahme gegenstandslos geworden ist, trifft auch ihn keine Verpflichtung zum Kostenersatz. Im nachfolgenden Rechtsgang wird für den Fall erneuter Annahme von Gewerbsmäßigkeit einwandfrei zu begründen sein, aufgrund welcher Umstände die Angeklagten erwartet haben, dass Diebstahl und unbefugte Verwendung ein- und derselben Tankkarte über einen Zeitraum von zumindest mehreren Wochen unentdeckt bleiben würden. Die Kostenersatzpflicht des Angeklagten Ismail A\*\*\*\*\* gründet sich auf Paragraph 390 a, Absatz eins, StPO. Kostenersatz für die getroffenen amtsweigigen Maßnahmen kennt das Gesetz hingegen nicht (Lendl, WK-StPO Paragraph 390 a, Rz 12). Da die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Burhan K\*\*\*\*\* aufgrund einer amtsweigigen Maßnahme gegenstandslos geworden ist, trifft auch ihn keine Verpflichtung zum Kostenersatz.

### **Anmerkung**

E80701 13Os29.06y

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

ECLI:AT:OGH0002:2006:0130OS00029.06Y.0503.000

### **Dokumentnummer**

JJT\_20060503\_OGH0002\_0130OS00029\_06Y0000\_000

**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)