

# TE OGH 2005/10/18 11Os81/05d

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.10.2005

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 18. Oktober 2005 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Mayrhofer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Ebner, Dr. Danek, Dr. Schwab und Dr. Lässig als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Besenböck als Schriftführer, in der Strafsache gegen Peter K\*\*\*\*\* und eine weitere Angeklagte wegen des Verbrechens des durch Einbruch begangenen gewerbsmäßigen Diebstahles nach §§ 127, 129 Z 2, 130 erster Fall StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten Peter K\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 1. März 2005, GZ 8 Hv 197/04s-30, und dessen Beschwerde gegen einen Beschluss gemäß § 494a Abs 1 Z 2, Abs 4, Abs 6 StPO nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt: Der Oberste Gerichtshof hat am 18. Oktober 2005 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Mayrhofer als Vorsitzenden sowie die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Ebner, Dr. Danek, Dr. Schwab und Dr. Lässig als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Besenböck als Schriftführer, in der Strafsache gegen Peter K\*\*\*\*\* und eine weitere Angeklagte wegen des Verbrechens des durch Einbruch begangenen gewerbsmäßigen Diebstahles nach Paragraphen 127,, 129 Ziffer 2,, 130 erster Fall StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten Peter K\*\*\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Graz als Schöffengericht vom 1. März 2005, GZ 8 Hv 197/04s-30, und dessen Beschwerde gegen einen Beschluss gemäß Paragraph 494 a, Absatz eins, Ziffer 2,, Absatz 4,, Absatz 6, StPO nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Teils in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde, teils aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Unterstellung der im Schuldspruch 2 B angelasteten Taten unter § 130 erster Fall StGB sowie in der Beurteilung der in den Schuldsprüchen 2 C und 2 D beschriebenen Handlungen als eigenständige Vergehen des versuchten Diebstahles und demzufolge im gesamten Strafausspruch aufgehoben und die Sache an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung zurückverwiesen. Teils in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde, teils aus deren Anlass wird das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Unterstellung der im Schuldspruch 2 B angelasteten Taten unter Paragraph 130, erster Fall StGB sowie in der Beurteilung der in den Schuldsprüchen 2 C und 2 D beschriebenen Handlungen als eigenständige Vergehen des versuchten Diebstahles und demzufolge im gesamten Strafausspruch aufgehoben und die Sache an das Erstgericht zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung zurückverwiesen.

Im Übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen. Mit seiner Berufung und seiner Beschwerde wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

Dem Angeklagten Peter K\*\*\*\*\* fallen die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

#### Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil (das auch die in Rechtskraft erwachsene Verurteilung einer Mitangeklagten enthält) wurde der Angeklagte Peter K\*\*\*\*\* - soweit vorliegend von Bedeutung - des Verbrechens des gewerbsmäßigen Diebstahls „teilweise“ durch Einbruch nach §§ 127, 129 Z 2, 130 erster Fall StGB (2 B) „und der Vergehen des versuchten Diebstahls nach §§ 15, 127 StGB“ (2 C und 2 D) schuldig erkannt, weil er Mit dem angefochtenen Urteil (das auch die in Rechtskraft erwachsene Verurteilung einer Mitangeklagten enthält) wurde der Angeklagte Peter K\*\*\*\*\* - soweit vorliegend von Bedeutung - des Verbrechens des gewerbsmäßigen Diebstahls „teilweise“ durch Einbruch nach Paragraphen 127,, 129 Ziffer 2,, 130 erster Fall StGB (2 B) „und der Vergehen des versuchten Diebstahls nach Paragraphen 15,, 127 StGB“ (2 C und 2 D) schuldig erkannt, weil er

(2 A) ...

(2 B) am 12. August 2004 in 3133 Freilehnmühle im bewussten und gewollten Zusammenwirken mit den beiden gesondert Verfolgten Michael H\*\*\*\*\* und Cyrille B\*\*\*\*\* fremde bewegliche Sachen, nämlich insgesamt 760 Liter Dieseltreibstoff im Wert von 584 EUR anderen aus den Tanks mehrerer Lastkraftwägen teils durch Einbruch, indem er oder die beiden zuvor Genannten einen versperrten Tank, mithin ein Behältnis, gewaltsam aufbrachen, mit dem Vorsatz, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, und in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung von (nicht weiter qualifizierten) Treibstoffdiebstählen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, wegnahm,

(2 C) am 20. Dezember 2002 in Graz eine fremde bewegliche Sache, nämlich einen Videorekorder der Marke Samsung im Wert von 129 EUR Gewahrsamsträgern des Kaufhauses Interspar mit dem Vorsatz wegzunehmen versuchte, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, sowie

(2 D) am 29. Oktober 2001 in Kainach eine Flasche Wodka, im Werte von 149 ATS (entspricht 10,83 EUR) (ergänze:) sohin eine fremde bewegliche Sache Gewahrsamsträgern eines BILLA Supermarktes mit dem Vorsatz wegzunehmen versuchte, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern.

Mit seiner auf Z 5, 5a und 10 des§ 281 Abs 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft der Angeklagte ausschließlich den Schuldspruch B, soweit ihm ein durch gewerbsmäßige Begehung und durch Einbruch beschwerter Diebstahl zur Last gelegt wird.Mit seiner auf Ziffer 5,, 5a und 10 des Paragraph 281, Absatz eins, StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde bekämpft der Angeklagte ausschließlich den Schuldspruch B, soweit ihm ein durch gewerbsmäßige Begehung und durch Einbruch beschwerter Diebstahl zur Last gelegt wird.

#### Rechtliche Beurteilung

Die unzureichende Begründung ins Treffen führende Mängelrüge (Z 5) erweist sich hinsichtlich der Qualifikation gewerbsmäßiger Tatbegehung als berechtigt, stellt doch der lapidare Urteilshinweis auf die - eine sachliche Einlassung zu dieser Frage nicht enthaltende (S 9/II) - Verantwortung des Angeklagten (US 13, 14) keine zureichende Begründung dar.Die unzureichende Begründung ins Treffen führende Mängelrüge (Ziffer 5,) erweist sich hinsichtlich der Qualifikation gewerbsmäßiger Tatbegehung als berechtigt, stellt doch der lapidare Urteilshinweis auf die - eine sachliche Einlassung zu dieser Frage nicht enthaltende (S 9/II) - Verantwortung des Angeklagten (US 13, 14) keine zureichende Begründung dar.

Diese Qualifikation war daher - ohne dass es noch eines Eingehens auf die Argumente dazu in den übrigen Rügen (Z 5a, 10) bedurft hätte - nach nichtöffentlicher Beratung aufzuheben und die notwendige Verfahrenserneuerung anzuordnen (§ 285e StPO).Diese Qualifikation war daher - ohne dass es noch eines Eingehens auf die Argumente dazu in den übrigen Rügen (Ziffer 5 a,, 10) bedurft hätte - nach nichtöffentlicher Beratung aufzuheben und die notwendige Verfahrenserneuerung anzuordnen (Paragraph 285 e, StPO).

Zur Klarstellung wird ergänzend angemerkt, dass Gewerbsmäßigkeit lediglich die beabsichtigte, nicht auch die geschehene Tatwiederholung voraussetzt (vgl Jerabek in WK2 § 70 Rz 6, Mayerhofer StGB5 § 70 E 40), sohin eine bloß einmalige Tatbegehung - der Beschwerde zuwider - die Annahme dieser Qualifikation nicht hindert. Bezüglich der in Zweifel gezogenen Einbruchsqualifikation hingegen stützte sich das Erstgericht auf die Gendarmerieanzeige, derzufolge bei einem Lkw der Tankdeckel tatsächlich aufgebrochen war (ON 5 in ON 17, dort S 41, 53), und die Deposition des Angeklagten in der Hauptverhandlung, wonach er selbst in Kauf genommen habe, dass etwas aufgebrochen werde (S 9/II), sohin auf konkrete Verfahrensergebnisse (US 14).Zur Klarstellung wird ergänzend angemerkt, dass Gewerbsmäßigkeit lediglich die beabsichtigte, nicht auch die geschehene Tatwiederholung

voraussetzt vergleiche Jerabek in WK2 Paragraph 70, Rz 6, Mayerhofer StGB5 Paragraph 70, E 40), sohin eine bloß einmalige Tatbegehung - der Beschwerde zuwider - die Annahme dieser Qualifikation nicht hindert. Bezüglich der in Zweifel gezogenen Einbruchsqualifikation hingegen stützte sich das Erstgericht auf die Gendarmerieanzeige, derzufolge bei einem Lkw der Tankdeckel tatsächlich aufgebrochen war (ON 5 in ON 17, dort S 41, 53), und die Deposition des Angeklagten in der Hauptverhandlung, wonach er selbst in Kauf genommen habe, dass etwas aufgebrochen werde (S 9/II), sohin auf konkrete Verfahrensergebnisse (US 14).

Das Vorbringen aus Z 5a dazu ist nicht geeignet, erhebliche Bedenken gegen die Annahme der Einbruchsqualifikation zu erwecken: wiewohl keiner der Beteiligten ein Aufbrechen zugestanden hatte (S 93, 131 in ON 17, S 9/II), räumte der Beschwerdeführer selbst diese qualifizierende Tathandlung als von einem Mittäter begangen ein (S 9/II). Das Vorbringen aus Ziffer 5 a, dazu ist nicht geeignet, erhebliche Bedenken gegen die Annahme der Einbruchsqualifikation zu erwecken: wiewohl keiner der Beteiligten ein Aufbrechen zugestanden hatte (S 93, 131 in ON 17, S 9/II), räumte der Beschwerdeführer selbst diese qualifizierende Tathandlung als von einem Mittäter begangen ein (S 9/II).

Als Aufklärungsrüge - das Schöffengericht sei verhalten gewesen, sich nicht mit der Verlesung der Anzeige ON 5 in ON 17 zu begnügen, sondern die Mittäter und die Kriminalbeamten zeugenschaftlich zu vernehmen - geht die Beschwerde schon deshalb fehl, weil sie nicht darlegt, wodurch der Beschwerdeführer an entsprechender Antragstellung in der Hauptverhandlung gehindert war. Die Subsumtionsrüge (Z 10) wiederum begnügt sich mit der argumentationslosen, daher im Hinblick auf den Wortlaut von § 5 Abs 1 zweiter Halbsatz StGB auch nicht erwidernsfähigen Behauptung, dass billigendes Inkaufnehmen des Aufbrechens von Behältnissen durch Mittäter (US 10, 14) für die Annahme eines die Qualifikation des 129 Z 2 StGB erfassenden Vorsatzes des Beschwerdeführers nicht ausreiche. Mit Blick auf § 290 Abs 1 Satz 2 StPO genügt der Hinweis auf die unbestrittene Interpretation, dass die festgestellte subjektive Einstellung zum Tatgeschehen ein Plus gegenüber dem bloßen Abfinden mit dem Erfolg, das für den bedingten Vorsatz genügt, darstellt (Mayerhofer StGB5 § 5 E 18b). Als Aufklärungsrüge - das Schöffengericht sei verhalten gewesen, sich nicht mit der Verlesung der Anzeige ON 5 in ON 17 zu begnügen, sondern die Mittäter und die Kriminalbeamten zeugenschaftlich zu vernehmen - geht die Beschwerde schon deshalb fehl, weil sie nicht darlegt, wodurch der Beschwerdeführer an entsprechender Antragstellung in der Hauptverhandlung gehindert war. Die Subsumtionsrüge (Ziffer 10,) wiederum begnügt sich mit der argumentationslosen, daher im Hinblick auf den Wortlaut von Paragraph 5, Absatz eins, zweiter Halbsatz StGB auch nicht erwidernsfähigen Behauptung, dass billigendes Inkaufnehmen des Aufbrechens von Behältnissen durch Mittäter (US 10, 14) für die Annahme eines die Qualifikation des 129 Ziffer 2, StGB erfassenden Vorsatzes des Beschwerdeführers nicht ausreiche. Mit Blick auf Paragraph 290, Absatz eins, Satz 2 StPO genügt der Hinweis auf die unbestrittene Interpretation, dass die festgestellte subjektive Einstellung zum Tatgeschehen ein Plus gegenüber dem bloßen Abfinden mit dem Erfolg, das für den bedingten Vorsatz genügt, darstellt (Mayerhofer StGB5 Paragraph 5, E 18b).

In diesem Umfang war die Nichtigkeitsbeschwerde daher zurückzuweisen. Mit seiner Berufung und seiner implizierten Beschwerde gegen die Verlängerung von Probezeiten (§ 498 Abs 3 Satz 3 StPO) war der Angeklagte auf die Kassation des Strafausspruches zu verweisen. Gemäß §§ 289, 290 Abs 1 StPO war das angefochtene Urteil überdies in Ansehung der rechtsirrigen Beurteilung der zu 2 C und 2 D des Urteilsspruches beschriebenen Taten als eigenständige Vergehen des versuchten Diebstahls aufzuheben. Das Erstgericht wird im zweiten Rechtsgang unter Einbeziehung dieser Taten eine Subsumtionseinheit (§ 29 StGB) zu bilden haben. In diesem Umfang war die Nichtigkeitsbeschwerde daher zurückzuweisen. Mit seiner Berufung und seiner implizierten Beschwerde gegen die Verlängerung von Probezeiten (Paragraph 498, Absatz 3, Satz 3 StPO) war der Angeklagte auf die Kassation des Strafausspruches zu verweisen. Gemäß Paragraphen 289,, 290 Absatz eins, StPO war das angefochtene Urteil überdies in Ansehung der rechtsirrigen Beurteilung der zu 2 C und 2 D des Urteilsspruches beschriebenen Taten als eigenständige Vergehen des versuchten Diebstahls aufzuheben. Das Erstgericht wird im zweiten Rechtsgang unter Einbeziehung dieser Taten eine Subsumtionseinheit (Paragraph 29, StGB) zu bilden haben.

#### **Anmerkung**

E78923 11Os81.05d

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

ECLI:AT:OGH0002:2005:0110OS00081.05D.1018.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_20051018\_OGH0002\_0110OS00081\_05D0000\_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)