

# TE OGH 2001/8/23 15Os78/01

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 23.08.2001

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 23. August 2001 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Markel als Vorsitzenden sowie durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Mag. Strieder, Dr. Schmucker, Dr. Zehetner und Dr. Danek als weitere Richter, in Gegenwart der Richteramtsanwärterin Mag. Emsenhuber als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Walter K\*\*\*\*\* wegen des Verbrechens des teilweise im Stadium des Versuchs verbliebenen gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 129 Z 1, 2 und 3, 130 vierter Fall und 15 StGB über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten ferner über die Berufung der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 17. April 2001, GZ 2c Vr 2302/01-26, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprok�rators, Generalanwältin Dr. Bierlein, des Angeklagten und des Verteidigers Mag. Parz zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerde wird verworfen.

Aus deren Anlass wird gemäß § 290 Abs 1 StPO das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Beurteilung der unter Punkt 2.) des Schultspruches angeführten Spindschlösser als Sperrvorrichtung und damit in der rechtlichen Unterstellung der Tat (auch) unter die Qualifikation der Z 3 des § 129 StGB sowie demgemäß im Strafausspruch aufgehoben. Aus deren Anlass wird gemäß § 290 Absatz eins, StPO das angefochtene Urteil, das im Übrigen unberührt bleibt, in der rechtlichen Beurteilung der unter Punkt 2.) des Schultspruches angeführten Spindschlösser als Sperrvorrichtung und damit in der rechtlichen Unterstellung der Tat (auch) unter die Qualifikation der Z 3 des § 129 StGB sowie demgemäß im Strafausspruch aufgehoben.

Gemäß § 288 Abs 2 Z 3 StPO wird im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt. Gemäß Paragraph 288, Abs 2 Z 3 StPO wird im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Walter K\*\*\*\*\* hat durch die unter 1.) und 2.) des Schultspruches festgestellten Tatsachen das teilweise im Stadium des Versuchs verbliebene Verbrechen des gewerbsmäßig durch Einbruch verübten Diebstahls nach §§ 127, 129 Z 1 und 2, 130 vierter Fall und 15 StGB begangen und wird hiefür nach dem zweiten Strafsatz des § 130 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von einem Jahr und elf Monaten verurteilt.

Die Aussprüche über die Vorhaftanrechnung und über den Verfahrenskostenersatz erster Instanz werden aus dem erstgerichtlichen Urteil übernommen.

Mit ihren Berufungen werden der Angeklagte und die Staatsanwaltschaft auf diese Entscheidung verwiesen.

Gemäß § 390a StPO fallen dem Angeklagten auch die Kosten des Rechtsmittelverfahrens zur Last.

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde Walter K\*\*\*\*\* des Verbrechens des teilweise im Stadium des Versuchs verbliebenen gewerbsmäßig durch Einbruch begangenen Diebstahls nach §§ 127, 129 Z 1, 2 und 3, 130 vierter Fall und 15 StGB schuldig erkannt. Nach dem zweiten Strafsatz des § 130 StGB wurde er zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt.

Danach hat Walter K\*\*\*\*\* in Wien in der Absicht, sich durch die wiederkehrende Begehung der Taten eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, anderen fremde bewegliche Sachen mit unrechtmäßigem Bereicherungsvorsatz durch Einbruch

1.) weggenommen, und zwar in der Nacht zum 9. März 2001 Berechtigten der Gemeinde Wien durch Einsteigen in ein Gebäude und Aufbrechen einer Handkasse, sohin eines Behältnisses, 1.540 S Bargeld und drei Schmuckstücke in geringem Wert;

2.) wegzunehmen versucht, und zwar am 9. März 2001 Berechtigten der Firma Billa Warenhandels AG durch Aufbrechen von Handkassen 14.951,30 S sowie durch Aufbrechen von Spindschlössern, "sohin einer Sperrvorrichtung", dem Oazim H\*\*\*\*\* 3.500 Zloty und 31.096,245.000 Dinar.

Die gegen dieses Urteil gerichtete, auf Z 5 und 10 des § 281 Abs 1 StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ist nicht im Recht. Die gegen dieses Urteil gerichtete, auf Z 5 und 10 des § 281 Absatz eins, StPO gestützte Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten ist nicht im Recht.

### **Rechtliche Beurteilung**

Entgegen der Mängelrüge (Z 5) ist die Annahme der gewerbsmäßigen Begehung der Einbruchsdiebstähle nicht unzureichend begründet. Die Tatrichter haben diese nämlich darauf gestützt, der hohe Suchtgiftkonsum des Beschwerdeführers habe das ihm zur Verfügung stehende Einkommen aus der Notstandshilfe und einer geringfügigen Beschäftigung überstiegen, er habe die Tat wiederholt und strafbare Handlungen gegen fremdes Vermögen seien seiner durch zahlreiche Vorstrafen geprägten Persönlichkeit nicht fremd (US 7). Damit erachteten sie gleichzeitig die Verantwortung des Angeklagten in der Hauptverhandlung, der Einbruch bei der Firma Billa sei "der letzte gewesen", als widerlegt. Diese Begründung widerspricht nicht den Erfahrungen des täglichen Lebens und den Grundsätzen logischen Denkens. Dass aus dem Beweisverfahren auch andere für den Rechtsmittelwerber günstigere Schlüsse möglich wären, vermag den geltend gemachten Nichtigkeitsgrund nicht zu bewirken (Mayerhofer StPO4 § 281 Z 5 E 145, 147).

Die Subsumtionsrüge (Z 10) ist nicht gesetzmäßig ausgeführt.

Die prozessordnungsgemäße Darstellung eines materiellrechtlichen Nichtigkeitsgrundes erfordert nämlich sowohl das strikte Festhalten am gesamten objektiven und subjektiven Tatsachensubstrat als auch den allein auf dieser Basis geführten Nachweis, dem Erstgericht sei ein Feststellungsmangel oder/und ein Fehler bei Anwendung des konkreten Gesetzes unterlaufen.

Dementgegen übergeht der Beschwerdeführer in seiner Argumentation die Feststellungen des Erstgerichtes, wonach er jeden zweiten Tag etwa 1.500 S für den Suchtgiftkonsum benötigte, was sein Einkommen aus staatlicher Unterstützung und geringfügiger Beschäftigung bei weitem überstieg (US 4), und versucht nur neuerlich seiner Verantwortung, er sei mit dem ihm zur Verfügung stehenden Geld "ausgekommen" und er habe daher nicht die Absicht gehabt, sich durch die wiederholte Begehung von Einbruchsdiebstählen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen, zum Durchbruch zu verhelfen. Damit bekämpft er aber nur unzulässig die Beweiswürdigung des Schöffengerichtes.

Die Nichtigkeitsbeschwerde war daher zu verwerfen.

Aus deren Anlass überzeugte sich der Oberste Gerichtshof davon, dass im Schulterspruch 2.) das Strafgesetz zum Nachteil des Angeklagten unrichtig angewandt wurde.

Ein Spind ist nämlich ein Behältnis, das zum Aufbewahren von Sachen dient, aber nicht dazu bestimmt ist, von Menschen betreten zu werden. Das Aufbrechen eines derartigen Behältnisses ist unter die Z 2 des § 129 StGB zu subsumieren. Eine Sperrvorrichtung ist demgegenüber nur jener Verschluss, der die Sache selbst gegen Wegnahme sichert. Die Z 3 legt cit betrifft solche Fälle, bei welchen die Sachwegnahme unter Überwindung eines Sperrverhältnisses erfolgt, aber nicht aus einem verschlossenen Behältnis (Leukauf/Steininger Komm3 § 129 RN 23, 30 und 31).

Bei den Z 1 bis 3 des § 129 StGB handelt es sich zwar um eigenständige, aber rechtlich gleichwertige

Qualifikationsnormen; die irrite Annahme einer derselben wirkt sich nur bei einem bloßen Vertauschen nicht zum Nachteil des Angeklagten aus, wohl aber bei einem zusätzlichen Hinzukommen zu einer oder zwei bereits (zutreffend) angenommenen Qualifikationen (Mayerhofer StGB5 § 129 E 52).

Vorliegend erfolgte die Beurteilung des Aufbrechens von Spindschlössern als Qualifikation nach § 129 Z 3 StGB rechtsirrig. Dies gereicht dem Angeklagten nicht nur wegen der falschen Annahme einer weiteren Qualifikation zum Nachteil (EvBl 1979/236), sondern fallbezogen auch deswegen, weil zufolge der Berufung der Staatsanwaltschaft, bliebe der Schulterspruch unverändert, bei der Strafbemessung auch auf eine zusätzliche Qualifikation als erschwerend Bedacht zu nehmen wäre.

Gemäß § 290 Abs 1 StPO war daher der Schulterspruch 2.) in der rechtlichen Annahme einer Sperrvorrichtung und demgemäß auch der Strafausspruch aufzuheben. Gemäß § 290 Absatz eins, StPO war daher der Schulterspruch 2.) in der rechtlichen Annahme einer Sperrvorrichtung und demgemäß auch der Strafausspruch aufzuheben.

Bei der dadurch erforderlich gewordenen Strafneubemessung wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend die Tatsache, dass der Angeklagte schon wegen mehrerer auf der gleichen schädlichen Neigung beruhender Taten verurteilt worden ist, und den äußerst raschen Rückfall nach Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe wegen eines einschlägigen Deliktes, als mildernd hingegen das überwiegende reumütige Geständnis, die Sicherstellung der Diebsbeute und dass es in einem Fall beim Versuch geblieben ist.

Entgegen der Berufung des Angeklagten liegt der Milderungsgrund, er habe die Tat mehr durch eine besonders verlockende Gelegenheit verleitet als mit vorgefasster Absicht begangen, nicht vor, weil er nicht nur eine bereits aufgebrochene Tür für seinen Diebstahl benutzt, sondern seinerseits noch eine Handkasse und Spindschlösser aufgebrochen hat. Die Vorschriften über die Strafschärfung bei Rückfall nach § 39 StGB wurden nicht angewendet, sodass alle einschlägigen Vorstrafen als erschwerend zu werten waren.

Der Berufung der Staatsanwaltschaft ist zwar zuzubilligen, dass sich das Vorleben des Walter K\*\*\*\*\* massiv als erschwerend auswirkt, doch liegen auch gewichtige Milderungsgründe vor, sodass zu einer Erhöhung der Freiheitsstrafe kein Anlass bestand.

Im Hinblick auf den Wegfall einer Qualifikation des § 129 StGB war die Freiheitsstrafe gegenüber jener vom Erstgericht verhängten geringfügig herabzusetzen.

**Textnummer**

E63226

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:2001:0150OS00078.01.0823.000

**Im RIS seit**

22.09.2001

**Zuletzt aktualisiert am**

19.10.2010

**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)