

# TE OGH 1988/10/11 110s99/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.10.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 11.Oktober 1988 durch den Hofrat des Obersten Gerichtshofes Dr. Kießwetter als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Walenta, Dr. Felzmann, Dr. Massauer sowie Dr. Rzeszut als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Mag. Dr. Kleindienst-Passweg als Schriftführerin in der Strafsache gegen Karl G\*\*\* und Ronald Z\*\*\* wegen des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 127, 129 Z 1 und 2, 130, zweiter Fall, und 15 StGB und einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen der Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 26.Mai 1988, GZ 1 b Vr 2.893/88-40, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Strasser, der Angeklagten sowie der Verteidiger Dr. Schuster und Dr. Fleißner zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO wird das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Ausspruch, daß auch der Angeklagte Karl G\*\*\* fremde bewegliche Sachen durch Aufbrechen eines Behältnisses weggenommen hat (A I des Schuldspruches), ferner in der rechtlichen Subsumtion dieser von Karl G\*\*\* begangenen Taten (auch) unter die Z 2 des § 129 StGB sowie demgemäß in dem diesen Angeklagten betreffenden Strafausspruch aufgehoben und es wird gemäß dem § 288 Abs. 2 Z 3 StPO im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst erkannt:

Karl G\*\*\* wird für die ihm nach dem unberührt gebliebenen Teil des Schuldspruches weiterhin zur Last fallenden strafbaren Handlungen, nämlich das Verbrechen des teils vollendeten, teils versuchten gewerbsmäßigen Diebstahls durch Einbruch nach den §§ 127, 129 Z 1, 130, zweiter Fall, und 15 StGB (A des Schuldspruches) sowie das Vergehen der Begehung einer mit Strafe bedrohten Handlung im Zustand voller Berauschung nach dem § 287 Abs. 1 (§ 107 Abs. 1) StGB (B des Schuldspruches) nach dem zweiten Strafsatz des § 130 StGB unter Bedachtnahme auf den § 28 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 2 1/2 (zweieinhalb) Jahren verurteilt.

Mit seiner gegen den Strafausspruch gerichteten Berufung wird Karl G\*\*\* auf diese Entscheidung verwiesen; seiner gegen das Adhäsionserkenntnis gerichteten Berufung wird nicht Folge gegeben. Der Berufung des Ronald Z\*\*\* wird Folge gegeben und die über diesen Angeklagten verhängte Freiheitsstrafe auf 2 (zwei) Jahre herabgesetzt.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 23.März 1960 geborene Karl G\*\*\* und der am 25.Februar 1967 geborene Roland Z\*\*\* des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten gewerbsmäßigen Diebstahls durch

Einbruch nach den §§ 127, 129 Z 1, und Z 2, 130, zweiter Fall, und 15 StGB (Punkt A des Urteilsatzes) sowie Karl G\*\*\* überdies des Vergehens (der Begehung) einer mit Strafe bedrohten Handlung im Zustand voller Berauschung (und zwar des Vergehens der gefährlichen Drohung nach dem § 107 Abs. 1 StGB) nach dem § 287 StGB (Punkt B des Urteilsatzes) schuldig erkannt. Als teils vollendeter, teils versuchter Diebstahl liegt den beiden Angeklagten zur Last, zu nachgenannten Zeiten in Wien anderen fremde bewegliche Sachen in einem insgesamt 25.000 S nicht übersteigenden Wert durch Einbruch in ein Gebäude oder durch Aufbrechen eines Behältnisses mit dem Vorsatz sich durch die Sachzueignung unrechtmäßig zu bereichern, wobei die Diebstähle durch Einbruch gewerbsmäßig begangen wurden,

I./ weggenommen zu haben, und zwar

1./ Karl G\*\*\* und Ronald Z\*\*\* als Diebsgenossen in der Nacht

zum 12.März 1988 dem Lakhbir S\*\*\* diverse Schmucksachen im Gesamtwert von 5.200 S;

2./ Karl G\*\*\* allein

a) im Februar 1988 Berechtigten der Firma K\*\*\* 4 Kartons Mehlspeisen im Wert von 2.000 S;

b) im März 1988 einem Unbekannten 4 bis 5 Flaschen Alkoholika nicht mehr feststellbaren Wertes;

c) in der Nacht zum 19.Februar 1988 dem Wolfgang S\*\*\* diverse Lebensmittel im Gesamtwert von 1.460 S;

d) in der Nacht zum 23.Februar 1988 dem Herbert S\*\*\* verschiedene Küchengeräte im Wert von über 5.000 S;

3./ Ronald Z\*\*\* allein

a) am 27.Februar 1988 dem Walter H\*\*\* diverse Lebensmittel im Gesamtwert von 830 S und ca 1.000 S Bargeld;

b) am 2.März 1988 Berechtigten der Firma Franz M\*\*\* GesmbH Bargeld in der Höhe von 15.300 S und Zigaretten im Wert von 150 S;

II./ Karl G\*\*\* und Ronald Z\*\*\* als Diebsgenossen am 12. März 1988 Verfügungsberechtigten der Firma B\*\*\* Lebensmittel und Bargeld wegzunehmen versucht zu haben, indem sie die Glasscheibe des Geschäftslokales mit einem Stein einschlugen.

Nur den Schuldspruch wegen (teils versuchten) Diebstahls bekämpfen die beiden Angeklagten mit (getrennt ausgeführten) Nichtigkeitsbeschwerden, die sie auf die Nichtigkeitsgründe der Z 5 und 10, Karl G\*\*\* überdies auf den Nichtigkeitsgrund der Z 9 lit a des § 281 Abs. 1 StPO stützen.

In Ausführung der Mängelrüge (Z 5) wendet sich der Angeklagte G\*\*\* zunächst mit dem Vorwurf einer durch die herangezogenen Aussagen der beiden Angeklagten nicht gedeckten und daher angeblich aktenwidrigen Begründung gegen die erstgerichtliche Annahme, daß die beiden Angeklagten am 12.März 1988 beschlossen haben, miteinander Einbruchsdiebstähle zu begehen (US 8). Diese Feststellung erweist sich jedoch als nahezu wortidentische Wiedergabe der Aussage des Angeklagten Z\*\*\* vor der Polizei (siehe AS 38, zweiter Absatz) und findet überdies in der Tatsache der unmittelbar darauffolgenden gemeinsamen Ausführung eines vollendeten und eines versuchten Einbruchsdiebstahles (Fakten A/I/1 und A/II des Urteilsatzes) hinreichende Deckung, sodaß von einem Begründungsmangel im Sinn des geltend gemachten Nichtigkeitsgrundes nicht gesprochen werden kann. Wenn das Erstgericht den Zeitpunkt dieser Verabredung an anderer Stelle der Urteilsbegründung (US 12) auf den 11.März 1988 verlegt, was vom Beschwerdeführer erneut unter dem Gesichtspunkt einer Aktenwidrigkeit gerügt wird, findet diese (im übrigen keinen entscheidungswesentlichen Tatumstand betreffende) Abweichung in der bereits erwähnten Aussage des Angeklagten Z\*\*\* eine plausible Erklärung, wonach die in Rede stehende Übereinkunft "am Freitag" (11.März 1988) "zum Samstag" (12.März 1988) stattfand (S 38). Soweit in der Mängelrüge des Angeklagten G\*\*\* noch das Fehlen einer konkreten Begründung für die Annahme der Gewerbsmäßigkeit der inkriminierten Diebstähle geltend gemacht und dem Erstgericht in diesem Zusammenhang eine bloße Scheinbegründung vorgeworfen wird, setzt sich der Beschwerdeführer über jene Urteilspassagen hinweg, in denen das Erstgericht in freier Beweiswürdigung aus dem Vorleben des Beschwerdeführers, dessen Unlust, seinen Lebensunterhalt aus redlicher Arbeit oder auch ausschließlich aus Sozialunterstützungen zu bestreiten, sowie aus der raschen zeitlichen Abfolge der Taten - denkmöglich - folgerte, daß der Angeklagte solcherart mit der Absicht handelte, sich durch die wiederkehrende Begehung - vorwiegend - von Einbruchsdiebstählen eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen (US 11, 12).

## Rechtliche Beurteilung

Ebensowenig zielführend sind auch die im Rahmen der Mängelrüge (Z 5) des Angeklagten Z\*\*\* erhobenen Einwände: Die in Frage gestellte, durch die eigenen Angaben des Beschwerdeführers vor dem Untersuchungsrichter (AS 139) und in der Hauptverhandlung (AS 244) gestützte Feststellung, daß er seinen Lebensunterhalt aus Unterstützungen der Sozialhilfe gefristet habe (US 6), läßt sich durchaus mit den an anderer Urteilsstelle (US 12) enthaltenen Ausführungen vereinen, daß er einer (nur vorübergehenden, siehe AS 37) Tätigkeit in einem Salzburger Animierlokal nachging und auch an Einkünften aus der Prostitution der Karin S\*\*\* partizipierte. Die vom Beschwerdeführer im Zusammenhang mit der Annahme gewerbsmäßigen Handelns (im übrigen auch im Rahmen der Rechtsrüge) vermißte Feststellung aber, daß er die angelasteten Straftaten "niemals geplant", sondern unter dem Einfluß von Alkohol "spontan" ausgeführt habe, war schon im Hinblick auf das Fehlen einer derartigen Qualifikationsvoraussetzung entbehrlich. Den Beschwerdebehauptungen zuwider trifft es im übrigen auch nicht zu, daß sich solches aus den polizeilichen Angaben des Angeklagten Z\*\*\* und der Karin S\*\*\* ergäbe (vgl AS 37 f, 41 f).

Rechtsirrig ist die vom Angeklagten G\*\*\* in Ausführung der Nichtigkeitsgründe der Z 9 lit a und 10 (der Sache nach nur Z 10) des § 281 Abs. 1 StPO vertretene Ansicht, daß gewerbsmäßiger schwerer Diebstahl nur dann vorliege, wenn "die Einzelhandlungen geplant waren und diese (augenscheinlich gemeint jeweils) schweren Diebstahl darstellen". Der zweite Fall des § 130 StGB setzt (bezogen auf das gegenständliche Verfahren) die Absicht des Täters voraus, sich durch die wiederkehrende Begehung des verübten Diebstahls durch Einbruch (§ 129 Z 1 bis 3 StGB) eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen. Hierbei genügt aber bereits die Begehung einer einzigen Tat, falls der Betreffende dabei in entsprechender Absicht handelt (vgl Kienapfel BT II2, RN 9 zu § 130 StGB). Der Täter muß es also zwar darauf abgesehen haben, gerade mit solchen besonders gefährlichen Diebstählen fortzufahren und sich dadurch eine für längere Zeit wirkende Einkommensquelle zu verschaffen. Nicht erforderlich für die Anwendbarkeit des höheren Strafsatzes des § 130 StGB ist es, daß er ausschließlich im Sinn dieser Gesetzesbestimmung qualifizierte Diebstähle zu begehen beabsichtigt und es in der Folge auch tatsächlich zur Verwirklichung eines derart qualifizierten Diebstahls kommt (vgl Kienapfel, BT II RN 12 zu § 130). Da der Beschwerdeführer im vorliegenden Fall den erstgerichtlichen Feststellungen zufolge die inkriminierten Diebstähle in einer gerade auf die regelmäßige Begehung von Einbruchsdiebstählen gerichteten Absicht verübte (was im übrigen auch im Verhältnis der Zahl der Einbruchsdiebstähle zu den nicht qualifizierten Diebstählen zum Ausdruck kommt), haftet dem angefochtenen Urteil der behauptete Subsumtionsirrtum nicht an, wobei der Vollständigkeit halber zu wiederholen ist, daß dem Umstand einer spontanen oder aber einer wohlüberlegten und sorgfältig vorbereiteten Tatausführung mangels einer diesbezüglichen Tatbestandsvoraussetzung keine entscheidungswesentliche Bedeutung zukommt.

Das weitere Vorbringen der Rechtsrüge des Angeklagten G\*\*\* ist in prozeßordnungswidriger Weise nicht auf der Grundlage der Urteilsannahmen ausgeführt, aus welchen sich - wie bereits erwähnt - die vom Beschwerdeführer vermißte Feststellung seines im Sinn des § 130, zweiter Fall, StGB gewerbsmäßigen Handelns eindeutig ergibt.

In gleicher Weise entbehrt auch die Rechtsrüge (Z 10) des Angeklagten Z\*\*\* einer gesetzmäßigen Ausführung: In der Forderung, angesichts der dem Angeklagten Z\*\*\* zur Verfügung gestandenen Einkommensquellen hätte das Erstgericht die Gewerbsmäßigkeit seines diebischen Verhaltens verneinen müssen, kommt nur das Bestreben dieses Beschwerdeführers zum Ausdruck, die vom Erstgericht (mängelfrei) getroffenen Urteilsannahmen durch andere (für den Angeklagten günstigere) Feststellungen zu ersetzen, sodaß sich sein bezügliches Vorbringen ausschließlich in einer unzulässigen Bekämpfung der erstgerichtlichen Beweiswürdigung erschöpft. Die zur Gänze unbegründeten Nichtigkeitsbeschwerden der beiden Angeklagten waren daher zu verwerfen.

Aus Anlaß dieser Nichtigkeitsbeschwerden war jedoch von Amts wegen wahrzunehmen (§ 290 Abs. 1 StPO), daß das Erstgericht beim Angeklagten Karl G\*\*\* bezüglich der zu Punkt A des Urteilsatzes erfaßten Taten rechtsirrig (auch) die Qualifikation nach dem § 129 Z 2 StGB angenommen und solcherart eine Nichtigkeit gemäß dem § 281 Abs. 1 Z 10 StPO bewirkt hat (vgl Mayerhofer-Rieder StPO2 Entscheidungsgruppe 37 zu § 281 Z 10). Die im Urteilspruch zum Ausdruck gebrachte Annahme, die beiden Angeklagten hätten die inkriminierten Diebstähle auch "durch Aufbrechen eines Behältnisses" begangen (hinsichtlich des Angeklagten Z\*\*\* vgl US 6), findet in den den Angeklagten G\*\*\* betreffenden Urteilsfeststellungen keine Deckung; eine derartige Feststellung hätte unter Berücksichtigung der Aktenlage auch nicht getroffen werden können, weil die diesem Angeklagten vorgeworfenen Diebstähle nach den Ergebnissen der Beweisaufnahme nur im Sinn der Qualifikation des § 129 Z 1 StGB belastet sind.

Das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt zu bleiben hatte, war daher gemäß dem § 290 Abs. 1 StPO im Ausspruch, daß auch der Angeklagte Karl G\*\*\* fremde bewegliche Sachen durch Aufbrechen eines Behältnisses weggenommen hat, in der rechtlichen Unterstellung der von diesem Angeklagten begangenen Diebstahlstaten auch unter die Qualifikation nach dem § 129 Z 2 StGB sowie im Strafausspruch aufzuheben und es war gemäß dem § 288 Abs. 2 Z 3 StPO im Umfang der Aufhebung in der Sache selbst zu erkennen.

Bei der dadurch notwendig gewordenen Neubemessung der über Karl G\*\*\* zu verhängenden Strafe wertete der Oberste Gerichtshof als erschwerend die einschlägigen Vorstrafen sowie das Vorliegen der Voraussetzungen des § 39 StGB für eine Strafschärfung bei Rückfall, den relativ raschen Rückfall nach Verbüßung der letzten Straftat am 6. November 1987, den verhältnismäßig hohen Sachschaden, die Wiederholung der Diebstaten und das Zusammentreffen des Verbrechens mit einem Vergehen. Als mildernd wurden hingegen das reumütige Geständnis, der Umstand, daß es in einem Fall beim Versuch blieb, und die Tatsache, daß ein Teil der Beute zustandegebracht werden konnte, berücksichtigt.

Unter Abwägung dieser besonderen Strafzumessungsgründe und entsprechend den allgemeinen Strafbemessungsregeln des § 32 Abs. 2 und Abs. 3 StGB erachtete der Oberste Gerichtshof eine Freiheitsstrafe in der Dauer von 2 1/2 Jahren dem Schuld- und Unrechtsgehalt der Straftaten angemessen.

Demnach war Karl G\*\*\* mit seiner Berufung punkto Strafe auf diese Strafneubemessung zu verweisen.

Über den Angeklagten Ronald Z\*\*\* verhängte das Erstgericht nach dem zweiten Strafsatz des § 130 StGB eine vierjährige Freiheitsstrafe. Es wertete dabei die (insgesamt vier) einschlägigen Vorstrafen und den hohen Sachschaden als erschwerend, das reumütige Geständnis, den Umstand, daß es in einem Faktum beim Versuch blieb und die Zustandebringung eines Teiles der Diebsbeute als mildernd. Mit seiner Berufung strebt Ronald Z\*\*\* eine Herabsetzung der über ihn verhängten Freiheitsstrafe an.

Der Berufung kommt Berechtigung zu.

Zwar muß das Bemühen des Berufungswerbers um Zuerkennung weiterer Milderungsgründe scheitern: Geht doch der zunächst reklamierte wesentliche Beitrag zur Aufklärung der Straftaten in dem uneingeschränkt angenommenen Milderungsgrund des reumütigen Geständnisses auf und kann auch der Umstand, daß die Taten (allenfalls) unter Alkoholeinfluß verübt wurden, bei der nach dem § 35 StGB anzustellenden Vorwurfsabwägung nicht zum Vorteil des Angeklagten ausschlagen, weil dieser bereits in früheren Strafverfahren (vgl. AZ 14 Vr 223/85 des Kreisgerichtes St. Pölten, S 313) seine Straffälligkeit mit Trunkenheit zu entschuldigen suchte, demnach also die enthemmende Wirkung von Alkohol auf sich ebenfalls kannte. Zur Erwidern des auf eine "Geringwertigkeit" der Beute abstellenden Berufungsvorbringen genügt der Hinweis auf den allein im Faktum A I 3 b erbeuteten Bargeldbetrag von 15.300 S. Schließlich leistete Z\*\*\* bei dem am 12. März 1988 in Wien zum Nachteil des Privatbeteiligten S\*\*\* verübten Einbruchsdiebstahl am Tatort Aufpasserdienste, weshalb nicht mit Fug von einer Tatbeteiligung in nur untergeordneter Weise gesprochen werden kann. Zudem übersah das Erstgericht sogar den (weiteren) Erschwerungsgrund des raschen Rückfalles (nach der Enthftung am 23. Oktober 1987).

Dennoch erschien dem Obersten Gerichtshof eine Reduktion der Freiheitsstrafe (auch) bei Ronald Z\*\*\*, der zu den Tatzeiten das 21. Lebensjahr erst knapp überschritten hatte, vertretbar, womit auch eine angemessene Reduktion zum Strafausmaß des ungleich öfter strafrechtlich in Erscheinung getretenen Mitangeklagten G\*\*\* gewahrt wird, dem überdies mehr Straftaten gleicher und eine weitere anderer Art zur Last liegen.

Im angefochtenen Urteil wurde schließlich beiden Angeklagten die Zahlung eines Betrages von 13.600 S an den Privatbeteiligten Lakhbir S\*\*\* auferlegt.

Der gegen diesen Ausspruch allein vom Angeklagten G\*\*\* erhobenen Berufung kommt keine Berechtigung zu.

Wohl läßt das angefochtene Urteil jegliche Begründung für den Privatbeteiligtenanspruch vermissen. Es ergibt sich jedoch aus den Akten, daß die beiden Angeklagten, somit auch der Berufungswerber G\*\*\*, in der Hauptverhandlung vom 26. Mai 1988 den mit 13.600 S geltend gemachten Schadenersatzanspruch des (auch nach dem Inhalt des Schuldspruches unmittelbar Geschädigten) Lakhbir S\*\*\* ausdrücklich anerkannten. Da ein solches Anerkenntnis eines privatrechtlichen Anspruches im Adhäsionsverfahren die Wirkung eines Anerkenntnisses im Sinn des § 395 ZPO hat, können nachträgliche Einwendungen des Anerkennenden, wie sie hier der Berufungswerber gegen die Höhe des Ersatzbetrages und gegen die Aktivlegitimation des Privatbeteiligten vorbringt, keine Berücksichtigung mehr finden

(ÖJZ-LSK 1977/237). Angesichts dieser prozessualen Wirkung des konstitutiven Anerkenntnisses bedurfte das (ersichtlich auf dem § 369 StPO beruhende) Adhäsionserkenntnis keiner weiteren Begründung, zumal auch im Zivilprozeß Anerkenntnisurteile regelmäßig ohne Begründung für den Zuspruch des anerkannten Klagsbetrages verkündet und ausgefertigt werden (§§ 395, 418 Abs. 1 ZPO; 540 Abs. 3 Geo).

Mithin war insgesamt wie aus dem Spruch ersichtlich zu erkennen. Die Kostenentscheidung beruht auf der zitierten Gesetzesstelle.

**Anmerkung**

E15311

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:0110OS00099.88.1011.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19881011\_OGH0002\_0110OS00099\_8800000\_000

**Quelle:** Oberster Gerichtshof (und OLG, LG, BG) OGH, <http://www.ogh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

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