

# TE OGH 1988/5/25 140s26/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 25.05.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 25.Mai 1988 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Kral als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Hon.Prof. Dr. Steininger, Dr. Horak, Dr. Lachner und Dr. Massauer als weitere Richter, in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Hanglberger als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Julian Josef M\*\*\* und andere wegen des Verbrechens des versuchten schweren Diebstahls durch Einbruch und mit Waffen nach §§ 15, 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 2, 129 Z 1 und 4 StGB sowie anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Julian Josef M\*\*\*, ferner die Nichtigkeitsbeschwerden und Berufungen der Angeklagten Adolf S\*\*\* und Leopold H\*\*\* sowie der Staatsanwaltschaft hinsichtlich der Angeklagten Julian Josef M\*\*\* und Adolf S\*\*\* wie auch über die Berufung der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Angeklagten Leopold H\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes Salzburg als Schöffengericht vom 17.Juli 1987, GZ 18 a Vr 3046/86-123, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Bassler, und des Verteidigers Dr. Wampl jedoch in Abwesenheit der Angeklagten zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten werden verworfen. Hingegen wird der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft Folge gegeben, das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, hinsichtlich der Angeklagten Julian Josef M\*\*\* und Adolf S\*\*\* in der Nichtannahme gewerbsmäßiger Begehung des ihnen laut Punkt 1. des Urteilssatzes zur Last liegenden Diebstahls und demgemäß auch in den die Angeklagten M\*\*\* und S\*\*\* betreffenden Strafaussprüchen (einschließlich des sie betreffenden Ausspruchs über die Vorhaftanrechnung) aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Der Angeklagte S\*\*\* wird mit seiner Berufung ebenso wie die Staatsanwaltschaft mit ihrer hinsichtlich der Angeklagten M\*\*\* und S\*\*\* erhobenen Berufung auf die obige Entscheidung verwiesen. Der Berufung der Staatsanwaltschaft hinsichtlich des Angeklagten Leopold H\*\*\* wird Folge gegeben und die über ihn verhängte Freiheitsstrafe auf 3 (drei) Jahre erhöht. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte H\*\*\* darauf verwiesen.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der am 4.Jänner 1939 geborene Julian Josef M\*\*\*, der am 27.April 1936 geborene Adolf S\*\*\* und der am 7.Mai 1951 geborene Leopold H\*\*\* des Verbrechens des versuchten schweren Diebstahls durch Einbruch (und mit Waffen) nach §§ 15, 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 2, 129 Z 1 und 4 StGB (Punkt 1. des Urteilssatzes), Julian Josef M\*\*\* außerdem der Vergehen nach § 36 Abs. 1 Z 1 und 5 WaffenG (Punkt 4.1.

und 5.), Adolf S\*\*\* darüber hinaus des Verbrechens des Widerstandes gegen die Staatsgewalt nach § 269 Abs. 1 zweiter Fall StGB (Punkt 2.) und des Vergehens nach § 36 Abs. 1 Z 1 WaffenG (Punkt 4.2.) sowie Leopold H\*\*\* auch noch des Vergehens des unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach § 136 Abs. 1 und Abs. 2 StGB (Punkt 3.) schuldig erkannt.

Darnach haben

(zu 1.) Julian Josef M\*\*\*, Adolf S\*\*\* und Leopold H\*\*\* am 9. November 1986 in Saalfelden in Gesellschaft als Beteiligte fremde bewegliche Sachen, nämlich einen Bargeldebetrag von 537.495,80 S und

1.333 DM, Verfügungsberechtigten des Kaufhauses "I\*\*\*" durch Einsteigen in das Kaufhausgebäude und Aufbrechen von zwei Türen mit dem Vorsatz wegzunehmen versucht, sich durch die Sachzueignung unrechtmäßig zu bereichern, wobei Adolf S\*\*\* mit Wissen der beiden Beteiligten zwei mit scharfem Schuß geladene Faustfeuerwaffen mit sich führte (zu ergänzen: "um den Widerstand einer Person zu überwinden oder zu verhindern" - vgl. US 6, 7, 8, 14, 15); (zu 2.) Adolf S\*\*\* am 9. November 1986 in Saalfelden den Gendarmeriebeamten Ferdinand E\*\*\* an der Festnahme seiner Person unmittelbar nach der zu Punkt 1. beschriebenen Tat durch die mehrfache Drohung mit dem Tod dadurch gehindert, daß er aus einem Revolver mehrere scharfe Schüsse in Richtung des ihn verfolgenden Gendarmeriebeamten abfeuerte, sodaß dieser die Verfolgung aufgeben mußte;

(zu 3.) Leopold H\*\*\* am 9. November 1986 in Saalfelden vorsätzlich den LKW Marke Mercedes 307, Kennzeichen S 121.028, durch Aufbrechen eines Vorhängeschlosses am Absperrgitter des Firmenareals der Firma R\*\*\* & K\*\*\* ohne Einwilligung eines Verfügungsberechtigten dadurch in Gebrauch genommen, daß er mit dem Fahrzeug nach Wien fuhr, wo er es an einem öffentlichen Ort abstellte;

(zu 4.) vorsätzlich unbefugt eine Faustfeuerwaffe besessen und geführt, und zwar

(4.1.) Julian Josef M\*\*\* bis zum 11. November 1986 den Revolver Marke Smith & Wesson, Kaliber 38 Spez. Nr. 37497, und die Pistole Marke Sauer & Sohn, Kaliber 6,35, jeweils durch Besitznahme von einem Unbekannten und Mitführen in Wien und Saalfelden, letzteres zumindest in der Zeit vom 8. bis 11. November 1986 bzw. vom 8. bis 9. November 1986;

(4.2.) Adolf S\*\*\* in Saalfelden am 9. November 1986 die vorgenannten Waffen durch Übernahme von Julian Josef M\*\*\* und Beisichtragen (gemeint ersichtlich: Führen - vgl. § 5 WaffenG) bei der zu Punkt 1. angeführten Tat;

(zu 5.) Julian Josef M\*\*\* am 9. November 1986 in Saalfelden diese Faustfeuerwaffen durch die Übergabe an Adolf S\*\*\* bzw. die Gestattung der Innehabung derselben durch den Genannten vorsätzlich einer Person, die zu deren Besitz nicht befugt ist, überlassen. Die (drei) Angeklagten bekämpfen diese Schuldsprüche - der Angeklagte M\*\*\* mit Ausnahme jenes nach dem Waffengesetz laut Punkt 4.1. - mit (getrennt ausgeführten) vom Angeklagten M\*\*\* auf die Z 3 und 10, vom Angeklagten S\*\*\* auf die Z 3, 4, 5, 9 lit. a und b sowie 10 und vom Angeklagten H\*\*\* auf die Z 3, 5 und 9 lit. b des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerden. Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer hinsichtlich der Angeklagten M\*\*\* und S\*\*\* erhobenen, auf die Z 5 und 10 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde gegen die Nichtannahme (der Qualifikation) gewerbsmäßiger Tatbegehung (§ 130 zweiter Satz StGB) beim Diebstahl laut Punkt 1. des Urteilssatzes.

### **Rechtliche Beurteilung**

Zu den Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten:

Den erstbezeichneten Nichtigkeitsgrund (Z 3) erblicken die (drei) Beschwerdeführer darin, daß es der Vorsitzende des Schöffensenates verabsäumt habe, in Befolgung der Vorschrift des § 250 StPO die in der Hauptverhandlung abgesondert vernommenen Angeklagten vom Inhalt der Verantwortung ihrer Mitangeklagten (spätestens vor Schluß des Beweisverfahrens) in Kenntnis zu setzen. Die Rügen sind nicht berechtigt.

Durch die Vorschrift des § 250 StPO, deren Nichtbeachtung unter den Voraussetzungen des § 281 Abs. 3 StPO die Nichtigkeit des Urteils zur Folge hat, soll eine Beeinträchtigung der Verteidigungsrechte des Angeklagten verhindert werden, dem es andernfalls unmöglich wäre, ihn belastende Momente zu erfahren und zu widerlegen. Daraus ergibt sich zunächst, daß die Geltendmachung dieses Nichtigkeitsgrundes nur demjenigen Angeklagten zusteht, dem gegenüber die gebotene Mitteilung der Vorkommnisse während seiner Entfernung von der Verhandlung versäumt wurde. Hingegen kann der in Rede stehende Nichtigkeitsgrund nicht - wie der während der gesamten Dauer der

Hauptverhandlung im Verhandlungssaal anwesend gewesene Angeklagte M\*\*\* vermeint - auch daraus abgeleitet werden, daß Angaben, die der Beschwerdeführer selbst während des getrennten Verhörs machte, einem anderen Angeklagten nach dessen Rückkehr in den Verhandlungssaal nicht mitgeteilt wurden (vgl. Mayerhofer-Rieder StPO2 ENr. 11 zu § 250).

Die gerügte Formverletzung konnte jedoch unzweifelhaft auch keinen für die Angeklagten S\*\*\* und H\*\*\* - deren prozessuale Rechte während ihrer Abwesenheit durch ihre Verteidiger wahrgenommen wurden - nachteiligen Einfluß auf die Entscheidung üben, weil ihnen die von dem jeweiligen Mitangeklagten bei der abgesonderten Vernehmung vorgebrachte Darstellung nicht nur durch ausdrückliche Vorhalte und Wiederholungen (vgl. insbesondere S 219, 225, 251 f/III), sondern auch im Hinblick darauf, daß sie sich dabei im Ergebnis nicht anders verantworteten als im Vorverfahren, in ihrem wesentlichen Kern ohnehin bekannt war. Im übrigen wäre es - was dem Hauptverhandlungsprotokoll zufolge ohnedies geschehen ist (vgl. abermals S 251 f/III) - Sache der Verteidiger gewesen, die während des getrennten Verhörs jeweils anwesend waren, im Weg des ihnen zustehenden Fragerechts (§ 249 StPO) eine ihnen allenfalls erforderlich erscheinene Klarstellung herbeizuführen. Der in Rede stehende Nichtigkeitsgrund kann daher (gemäß § 281 Abs. 3 StPO) zum Vorteil der Beschwerdeführer nicht geltend gemacht werden (vgl. Mayerhofer-Rieder aaO ENr. 5, 9, 10).

Den Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs. 1 Z 3 StPO erblicken die Angeklagten S\*\*\* und H\*\*\* auch darin, daß die Hauptverhandlung "spätestens ab 17.58 Uhr" entgegen der Bestimmung des § 228 StPO nicht mehr öffentlich gewesen sei. weil "nach 17.00 Uhr" das Tor zum Gerichtsgebäude geschlossen und versperrt worden sei. Nach dem Inhalt des Hauptverhandlungsprotokoll ist eine Beschlußfassung im Sinn des § 229 StPO auf Ausschluß der Öffentlichkeit nicht erfolgt; vielmehr ist beurkundet, daß die (um 14.00 Uhr begonnene) Hauptverhandlung öffentlich war (S 192/III). Eine mit Nichtigkeit bedrohte Verletzung der Bestimmung des § 228 StPO ist jedoch nur dann gegeben, wenn sie auf einer Anordnung des Gerichtes beruht, nicht aber auf Grund eines (vorübergehenden) faktischen Ausschlusses etwa infolge Absperrens des Eingangstores zum Gerichtsgebäude nach Dienstschluß (vgl. Mayerhofer-Rieder aaO ENr. 3 zu § 228). Der insoweit relevierte Nichtigkeitsgrund haftet sohin dem angefochtenen Urteil gleichfalls nicht an. Einen Verfahrensmangel nach der Z 4 des § 281 Abs. 1 StPO erblickt der Angeklagte S\*\*\* in der Abweisung des von seinem Verteidiger in der Hauptverhandlung gestellten Antrags auf Einvernahme seiner Lebensgefährtin Marianne K\*\*\* zum Beweis dafür, "daß ihr der Angeklagte über die Schreckschußpistole und die Selbstmordgedanken erzählt hat" (S 224/III).

Durch das diesen Antrag abweisende Zwischenerkenntnis (S 253/III) des Schöffengerichtes wurden Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers nicht verletzt.

Der Art der vom Angeklagten S\*\*\* bei der Diebstahlstat zusätzlich mitgeführten (eigenen) Faustfeuerwaffe, bei der es sich nach seiner eigenen Verantwortung um eine Gaspistole (vgl. S 169 a/I) handelte, kommt deshalb keine entscheidungswesentliche Bedeutung zu, weil Waffen im Sinn des § 129 Z 4 StGB alle Gegenstände sind, die ihrem Wesen nach dazu bestimmt sind, die Angriffs- oder Abwehrfähigkeit von Menschen durch unmittelbare Einwirkung zu beseitigen oder herabzusetzen, wozu - wie bei Erörterung der Subsumtionsrüge des Angeklagten M\*\*\* noch näher dargetan werden wird - jedenfalls auch Gasdruckwaffen gehören (vgl. Leukauf-Steininger Komm.2 § 129 RN 35). Die Verantwortung des Angeklagten S\*\*\* aber, er habe den (dem Mitangeklagten M\*\*\* gehörigen) Revolver der Marke Smith & Wesson nur deshalb mitgenommen, um im Fall des Mißlingens der Tat seinem Leben ein Ende zu setzen, haben die Tatrichter gestützt insbesondere auf die für glaubwürdig erachtete Aussage des Gendarmeriebeamten Ferdinand E\*\*\* und ein im Bereich des Tatortes sichergestelltes, aus dem in Rede stehenden Revolver stammendes Projektil als widerlegt erachtet (US 8, 9, 14 f). Solcherart hat das Schöffengericht die bezügliche Verantwortung des Beschwerdeführers, die die Voraussetzung für die Erheblichkeit der begehrten Beweisaufnahme wäre, mit durchaus denkrichtiger und mit den übrigen Verfahrensergebnissen im Einklang stehender Begründung abgelehnt. Versagt aber das Gericht - wie hier - mit unbedenklicher Begründung einem Angeklagten den Glauben an die Richtigkeit einer von ihm aufgestellten Behauptung, so ist es nicht gehalten, Beweise aufzunehmen, für deren Erheblichkeit die Richtigkeit dieser als unglaubwürdig abgelehnten Behauptung Voraussetzung wäre (vgl. Mayerhofer-Rieder aaO ENr. 67 zu § 281 Z 4).

Soweit der Angeklagte in der Beschwerdeschrift die zeugenschaftliche Vernehmung seiner Lebensgefährtin auch zum Nachweis dafür begehrt, daß er ihr (in Wien) "den Sachverhalt konkret im Sinne seiner Verantwortung geschildert habe, insbesondere was den Rücktritt vom Versuch betrifft", genügt der Hinweis, daß ein in diese Richtung zielender

Beweisantrag von ihm in der Hauptverhandlung nicht gestellt wurde. Bei der Prüfung der Berechtigung des Antrags ist jedoch stets von der Verfahrenslage im Zeitpunkt der Stellung desselben und von den dabei vorgebrachten Gründen auszugehen. Erst im Rechtsmittelverfahren vorgebrachte Gründe tatsächlicher Art können keine Berücksichtigung finden (SSt. 41/71 ua). Insofern ist daher der Beschwerdeführer zur Verfahrensrüge nicht legitimiert.

Durch die Ablehnung der begehrten Beweisaufnahme wurden demnach vom geltend gemachten Nichtigkeitsgrund geschützte Verteidigungsrechte des Beschwerdeführers nicht beeinträchtigt. Daran vermag der Umstand nichts zu ändern, daß der Schöffensenat in der Annahme, Marianne K\*\*\* halte sich (noch) im Gerichtsgebäude auf, zunächst deren (sofortige) Einvernahme als Zeugin in Erwägung gezogen hatte.

Die Mängelrüge (Z 5) der Angeklagten S\*\*\* und H\*\*\* läuft inhaltlich bloß auf eine aus dem geltend gemachten Nichtigkeitsgrund unzulässige und damit unbeachtliche Bekämpfung der tatrichterlichen Beweiswürdigung hinaus, indem versucht wird, ihre in der Hauptverhandlung geänderte vom Schöffengericht jedoch gemäß § 258 Abs. 2 StPO abgelehnte Verantwortung über jene Umstände, die sie zur Aufgabe der (weiteren) Ausführung des Diebstahls bewogen haben, doch noch zum Tragen zu bringen.

Wenn die beiden Beschwerdeführer in diesem Zusammenhang unter dem Gesichtspunkt einer Unvollständigkeit ins Treffen führen, das Ersturteil lasse ihre Verantwortung in der Hauptverhandlung unberücksichtigt, wonach sie erst nach der über Betreiben S\*\*\* erfolgten Aufgabe der Tatausführung die "Kontaktmelder" der Alarmanlage an der vom Angeklagten H\*\*\* aufgebrochenen (zweiten) Tür zum sogenannten Vorraum des Tresorraumes bemerkt, hierauf alles wieder eingepackt, gleichsam einen ruhigen und geordneten Rückzug angetreten und sogar - wie auch der Aussage des Zeugen O\*\*\* zu entnehmen sei - die Glaskuppel auf dem zum Einsteigen benützten Lichtschacht wieder aufgesetzt hätten, so übersehen sie, daß die Urteilsannahme, wonach sie zur Aufgabe ihres diebischen Vorhabens und zum Verlassen des Gebäudes (durch den in Rede stehenden Schacht) allein durch die vom Angeklagten H\*\*\* an der Tür entdeckten "Alarmkontakte" veranlaßt wurden (US 7, 13 f), in ihren eigenen Angaben vor dem Untersuchungsrichter volle Deckung findet, sie seien nach der Mitteilung H\*\*\*, "einen Alarm ausgelöst" zu haben, "überhastet" aufgebrochen, zur Feuerleiter "gerannt" und schließlich "weggelaufen" (vgl. S 167 verso, 169 a verso/l). Demzufolge war das Schöffengericht im Interesse einer gemäß § 270 Abs. 2 Z 5 StPO gebotenen gedrängten Darstellung der Entscheidungsgründe nicht gehalten, sich damit auseinanderzusetzen, ob die Angeklagten S\*\*\* und H\*\*\* auf ihrer Flucht (auch) die Glaskuppel wieder auf die Öffnung zum Lichtschacht aufgesetzt haben; dies umso weniger, als der vom Schöffengericht für glaubwürdig erachteten Aussage des Zeugen Heinrich O\*\*\* zufolge die "10 bis 12" Befestigungsschrauben "nicht mehr angeschraubt" waren, sondern "daneben" lagen (S 248/III). Dem in Rede stehenden Umstand kommt ebensowenig entscheidende Bedeutung zu wie dem Beschwerdeerwand, die Urteilsgründe stünden insofern mit sich selbst im Widerspruch, als einerseits festgestellt werde, der Angeklagte H\*\*\* sei plötzlich "herausgekommen" und habe auf das Auslösen eines Alarms durch ihn aufmerksam gemacht, während an anderer Stelle davon die Rede sei, daß die Angeklagten S\*\*\* und H\*\*\* nach Entdecken der Alarmanlage "gemeinsam das Gebäude verlassen" hätten. Abgesehen davon, daß die Feststellung (US 7), wonach sich auch der Angeklagte S\*\*\* (zumindest vorübergehend) im Gebäude des Kaufhauses "I\*\*\*" aufgehalten hat, abermals in der eigenen Verantwortung der beiden Beschwerdeführer eine Stütze findet (vgl. S 187/l, 210, 228/III) und das Beschwerdevorbringen zudem Feststellungen des Schöffengerichts einerseits mit der (wörtlichen) Wiedergabe der einzelnen Darstellungen der (drei) Angeklagten im Rahmen der Beweiswürdigung andererseits vermengt, ist es ohne Belang, ob sich der Angeklagte S\*\*\* beim Entdecken der "Alarmkontakte" durch H\*\*\* im Gebäude oder aber bei der geöffneten Glaskuppel zur - selbst nicht in Abrede gestellten - Vorbereitung des Abtransportes der Diebsbeute und Sicherung des Fluchtweges aufhielt. Gleiches gilt für die von den beiden Beschwerdeführern vermißte Erörterung der Aussage des Zeugen Heinrich O\*\*\*, derzufolge die Alarmkontakte nicht auf beiden Seiten der Tür sichtbar sind, sodaß die Kontakte beim Hineingehen - anders als beim Herausgehen - nur gesehen werden können, wenn man "sich umdreht". Die Beschwerdeführer übergehen nämlich dabei, daß der Angeklagte H\*\*\* seinen eigenen Angaben zufolge (S 116/l, 269/III) die in Rede stehende Tür über ausdrückliche Aufforderung S\*\*\* auf das Vorhandensein von "Alarmkontakten" zu untersuchen hatte (US 13).

Mit seinen Beschwerdeausführungen gegen den - ihn allein betreffenden - Schuldspruch wegen des Vergehens des Widerstandes gegen die Staatsgewalt rügt der Angeklagte S\*\*\* sowohl unter Z 5 als auch unter Z 9 lit. a des § 281 Abs. 1 StPO zunächst Feststellungs- und Begründungsmängel zur subjektiven Tatseite. Die Beschwerde übergeht dabei, daß der dem Ersturteil mit einer jeden Zweifel ausschließenden Eindeutigkeit zu entnehmende Vorsatz des

Beschwerdeführers, den Gendarmeriebeamten E\*\*\* an der bereits im Gang befindlichen Amtshandlung - Eskortieren S\*\*\* mit gezogener Dienstpistole zum Funkstreifenwagen (vgl. US 8) - durch die Abgabe von Schüssen aus einer Faustfeuerwaffe zu hindern, abermals in der eigenen Verantwortung des Beschwerdeführers vor dem Untersuchungsrichter Deckung findet, wonach er in Richtung des ihn verfolgenden Beamten mehrere Schüsse abgab, um sich der Festnahme zu entziehen (vgl. S 169, 169 b und verso/l). Daß die Schüsse in Richtung des Gendarmeriebeamten vom Angeklagten S\*\*\* aus dem scharf geladenen Revolver der Marke Smith & Wesson abgefeuert wurden, haben die Tatrichter unter Ablehnung der Verantwortung des Beschwerdeführers, er habe die Schüsse aus seiner "Gaspistole" abgefeuert und den Revolver nur mitgeführt, um seinem (eigenen) Leben ein Ende zu setzen, ohne Verstoß gegen die Denkgesetze auf Grund der Aussage des Zeugen E\*\*\*, der den "Luftzug der Kugel" verspürte, im Zusammenhalt mit der Sicherstellung eines aus dem in Rede stehenden Revolver stammenden Projektils als erwiesen angenommen (US 8, 9). Daraus konnte der Schöffensenat aber auch zwanglos sowohl die objektive Eignung der Tat, dem bedrohten Gendarmeriebeamten begründete Besorgnisse in bezug auf die durch die Abgabe scharfer Schüsse aus einem Revolver angedrohte Todesfolge als auch den auf eine derartige (strafsaterhöhende) Wirkung seiner Drohung gerichteten Vorsatz - Absicht ist hierfür entgegen der vom Angeklagten S\*\*\* in der Subsumtionsrüge (Z 10) vertretenen Meinung nicht erforderlich, es genügt vielmehr auch insoweit (bedingter) Vorsatz (vgl. Leukauf-Steininger aaO § 106 RN 13) - ableiten (vgl. US 2, 8 f, 12, 14 f, 17), dem Beamten durch die Schußabgabe Besorgnisse nicht nur um seine körperliche Unversehrtheit, sondern geradezu um sein Leben einzuflößen (SSt. 46/64 ua). Entgegen dem Beschwerdevorbringen liegt insoweit weder eine Unvollständigkeit noch eine Undeutlichkeit der Urteilsbegründung vor.

Soweit die Beschwerde in Ansehung des vom Erstgericht verwerteten Geständnisses des Angeklagten S\*\*\* vor dem Untersuchungsrichter eine Aktenwidrigkeit behauptet, genügt der Hinweis auf seine dort deponierte - zuvor bereits wiedergegebene - geständige Verantwortung (vgl. abermals S 169, 169 b und verso/l). Im übrigen ist es gar nicht von entscheidender Bedeutung, ob der Beschwerdeführer die Schüsse aus der Gaspistole oder dem Revolver abgegeben hat; läßt doch die eigene Verantwortung des Beschwerdeführers vor dem Untersuchungsrichter keinen Zweifel daran, daß die von ihm gegen den Beamten "aus der Pistole" abgegebenen Schüsse einen Feuerstrahl an der Mündung der Pistole gaben, sodaß "dies im Zusammenwirken mit dem lauten Knall einer echten Waffe täuschend ähnlich kommt". Auch die Abgabe von Schüssen aus einer (für den Bedrohten nicht als mindergefährliche Schußwaffe erkennbaren) Gaspistole stellt aber - dem Beschwerdestandpunkt zuwider - schon im Hinblick auf die Immanenz des angedrohten Übels eine hochgradig intensive Bedrohung dar, deren deliktspezifische Eignung nach § 106 Abs. 1 Z 1 StGB nur ausnahmsweise unter der - vorliegend nicht gegebenen - Voraussetzung entfallen könnte, daß die mangelnde Ernsthaftigkeit durch besondere (für den Bedrohten erkennbare) Umstände des Einzelfalls indiziert wäre. Mit der Rechtsrüge (Z 9 lit. a) wendet der Angeklagte S\*\*\* in diesem Zusammenhang ein, es mangle am Tatbestand, weil er den Beamten erst zu einem Zeitpunkt bedroht habe, zu dem er sich bereits auf der Flucht befunden habe; im übrigen habe er seine Verfolgung durch ein Verunsichern des Gendarmeriebeamten "bloß behindern und erschweren wollen". Die Amtshandlung seiner Festnahme sei daher bereits (ohne Einsatz der im § 269 StGB verpönten Mittel) verhindert gewesen und hätte auch ohne die von ihm abgegebenen Schüsse nicht mehr vollzogen werden können. Dabei übersieht der Beschwerdeführer jedoch, daß Widerstand gegen die Staatsgewalt vom Beginn der Amtshandlung bis zu deren Abschluß möglich ist. Abgeschlossen ist eine Amtshandlung erst dann, wenn sich der Beamte mit jener Angelegenheit, die sein Einschreiten erforderte, nicht mehr pflichtgemäß befaßt, sohin keine weiteren Dienstverrichtungen in bezug auf diese mehr notwendig sind (vgl. Leukauf-Steininger aaO § 269 RN 13). Daß aber die Amtshandlung zu dem Zeitpunkt als der Beschwerdeführer im Zug seiner Eskortierung zum Funkstreifenwagen einen Schwächeanfall vortäuschend die Flucht einleitete, indem er unter Eröffnung des Feuers auf den Gendarmeriebeamten wegzulaufen begann, noch nicht abgeschlossen war, bedarf keiner weiteren Erörterung. Soweit der Beschwerdeführer schließlich einwendet, "Schüsse aus der Schreckschußpistole" seien ein absolut untaugliches Mittel gewesen, den Gendarmeriebeamten an seiner Verfolgung zu hindern, geht er nicht von den - auch in Ansehung der Tatwaffe anderslautenden Urteilsfeststellungen aus und bringt solcherart die Rechtsrüge nicht zur gesetzmäßigen Darstellung.

Mit der auf § 281 Abs. 1 Z 9 lit. b StPO gestützten Rechtsrüge reklamieren die Angeklagten S\*\*\* und H\*\*\* für sich den Strafaufhebungsgrund des (freiwilligen) Rücktrittes vom Versuch im Sinn des § 16 Abs. 1 StGB. Entgegen der Meinung der beiden Beschwerdeführer, es komme ihnen beim Diebstahl laut Punkt 1. des Urteilssatzes freiwilliger Rücktritt vom

Versuch zustatten, weil aus den Urteilsannahmen hervorgehe, daß sie von einer Tatausführung Abstand genommen hätten, obwohl deren tatplangemäße Vollendung weiterhin (subjektiv und objektiv) möglich gewesen wäre, ist den Entscheidungsgründen, liest man sie in ihrem Zusammenhang (vgl. US 7, 13, 14, 17), mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, daß sie den Plan zur (weiteren) Ausführung des Diebstahls deshalb aufgaben, weil sie den von H\*\*\* beim Öffnen der Tür zum Vorraum des Tresorraumes entdeckten "Alarmkontakten" die Bedeutung eines von ihnen nicht überwindbaren Hindernisses beimaßen. Demzufolge kann von der in den Beschwerden behaupteten Freiwilligkeit des erfolgten Rücktritts vom Versuch keine Rede sein (vgl. Leukauf-Steininger aaO § 16 RN 1-4). Die Rechtsrüge ist daher insofern unbegründet. Soweit die Beschwerdeführer aber diese Urteilsannahmen übergehen und das Fehlen von Feststellungen rügen, wonach sie aus eigenem Antrieb von der Vollendung des Diebstahls Abstand genommen hätten und die (innere) Umkehr im Bewußtsein erfolgt sei, daß die Tatbegehung noch möglich war, führen sie die Rechtsrüge nicht gesetzmäßig aus. In Wahrheit bekämpfen sie damit - ohne Dartuung von Begründungsmängeln (Z 5) - in unzulässiger Weise die tatrichterliche Beweiswürdigung mit dem Ziel, ihrer vom Schöffengericht abgelehnten Verantwortung zum Durchbruch zu verhelfen.

Mit seiner - noch unerörterten - Subsumtionsrüge (Z 10) meint der Angeklagte M\*\*\* die Annahme der Qualifikation eines bewaffneten Diebstahls nach § 129 Z 4 StGB sei verfehlt, weil dieses Qualifikationsmerkmal "bei einem Gasrevolver nicht erfüllt" sei; er ist auch damit nicht im Recht.

Abgesehen davon, daß das Schöffengericht die in Rede stehende Qualifikation daraus ableitete, daß der Angeklagte S\*\*\* mit Wissen der beiden Mitangeklagten zwei Faustfeuerwaffen, darunter den bereits erwähnten Revolver der Marke Smith & Wesson, mit sich führte, um bei der Ausführung des Diebstahls den Widerstand einer Person zu überwinden oder zu verhindern, läßt der Beschwerdeführer unberücksichtigt, daß eine Gaspistole nach ständiger Rechtsprechung eine Waffe im Sinn der Bestimmungen des Strafgesetzbuches darstellt (vgl. abermals Leukauf-Steininger § 129 RN 35, 36). Dies ergibt sich im übrigen auch aus den vom Beschwerdeführer - zur Unterstützung seines (gegenteiligen) Standpunktes - in der Beschwerdeschrift zitierten Entscheidungen ÖJZ-LSK 1978/47 und 80. Die Annahme der Diebstahlsqualifikation nach § 129 Z 4 StGB erfolgte daher ebenso frei von Rechtsirrtum wie der Schuldspruch des Angeklagten M\*\*\* nach § 36 Abs. 1 Z 5 WaffenG.

Die Nichtigkeitsbeschwerden der drei Angeklagten waren daher zu verwerfen.

Zur Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft:

Die Anklagebehörde bekämpft hinsichtlich der Angeklagten M\*\*\* und S\*\*\* die Nichtannahme gewerbsmäßiger Tatbegehung (§ 130 zweiter Satz StGB) beim Diebstahl (Punkt 1.) mit einer auf die Z 5 und 10 des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde. Das Schöffengericht stellte zwar fest (vgl. US 9 f), daß zwischen den Angeklagten bereits vor dem in Rede stehenden Einbruchsdiebstahl in das Kaufhaus "I\*\*\*" Gespräche über "in Betracht kommende Objekte" stattfanden, daß anlässlich der Verhaftung beim Angeklagten S\*\*\* ein "Zettel" sichergestellt wurde, auf dem "fünf große Warenhäuser, nämlich I\*\*\* S\*\*\*, K\*\*\*

G\*\*\*, H\*\*\* L\*\*\*, H\*\*\* R\*\*\* und H\*\*\* T\*\*\* vermerkt" waren, ohne daß es zu einer Besichtigung dieser Warenhäuser kam, lehnte jedoch die Annahme der in Rede stehenden Qualifikation aus der Erwägung ab (US 17 f), daß diese Umstände wie auch das "gelegentliche Aufsuchen des Tatortes, dh die Fahrt zu den Tatorten, die überdies nicht zur Gänze erfolgten, noch als Vorbereitungshandlung" zu werten sind.

Berechtigung kommt der Rechtsrüge zu, mit welcher die Staatsanwaltschaft die - zuvor wiedergegebenen - vom Erstgericht "bezeichneten Rechtsgründe" als verfehlt bekämpft.

Nach der Legaldefinition des § 70 StGB handelt gewerbsmäßig, wer eine strafbare Handlung in der Absicht vornimmt, sich durch ihre wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen; gemäß § 130 StGB begeht demnach einen Diebstahl gewerbsmäßig, wer ihn in ebendieser Absicht verübt, wobei der höhere Strafsatz der zitierten Gesetzesstelle zur Anwendung gelangt, wenn ein schwerer Diebstahl oder Diebstahl durch Einbruch oder mit Waffen in der Absicht begangen wird, sich durch dessen wiederkehrende Begehung eine fortlaufende Einnahme zu verschaffen.

Gewerbsmäßige Tatbegehung setzt somit in jedem Fall voraus, daß es dem Täter bei der Tatverübung darauf ankommt, durch die wiederholte Begehung der Straftaten ein fortlaufendes, dh entweder überhaupt ständiges oder doch ein für längere Zeit wirkendes, wenn auch nicht unbedingt regelmäßiges Einkommen zu erlangen. Bloßer

Wiederholungsvorsatz, ohne daß der Täter geradezu darauf abzielt, sich (durch die Tatwiederholung) eine Einnahmequelle zu erschließen, genügt daher nicht; es wird vielmehr Absicht im Sinn des § 5 Abs. 2 StGB gefordert. Allerdings muß es nicht tatsächlich zur Wiederholung gekommen sein, sofern nur das inkriminierte Verhalten unter Berücksichtigung seiner Begleit- und Nebenumstände die zuvor dargelegte begriffsessentielle Tendenz des Täters klar, sinnfällig und unmißverständlich zum Ausdruck bringt. Unter diesen Voraussetzungen genügt auch schon eine einzige Tat (vgl. Leukauf-Steininger aaO § 70 RN 3 ff; § 130 RN 2-4). Vorliegend hat das Schöffengericht zu den eben erörterten Fragen keine Feststellungen getroffen; es ist vielmehr in rechtlicher Beziehung ersichtlich davon ausgegangen, daß gewerbsmäßige Tatbegehung deshalb ausscheidet, weil die Angeklagten M\*\*\* und S\*\*\* hinsichtlich weiterer Taten noch kein über das Stadium von (noch straflosen) Vorbereitungshandlungen hinausgehendes Verhalten gesetzt haben. Infolge dieses dem Erstgericht unterlaufenen Rechtsirrtums leidet das angefochtene Urteil in Ansehung der Nichtannahme gewerbsmäßiger Tatbegehung bei den Angeklagten M\*\*\* und S\*\*\* an einem (materiellrechtlichen) Feststellungsmangel.

Demzufolge war das Urteil in Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde der Staatsanwaltschaft im aufgezeigten Umfang aufzuheben und insoweit die Erneuerung des Verfahrens anzuordnen, ohne daß es einer Erörterung des weiteren Beschwerdevorbringens bedarf.

Mit seiner Berufung war der Angeklagte S\*\*\* wie auch die Staatsanwaltschaft mit ihrer hinsichtlich dieses Angeklagten und des Angeklagten M\*\*\* erhobenen Berufung auf die damit verbundene Aufhebung auch des Strafausspruchs zu verweisen.

Zur Berufung des Angeklagten Leopold H\*\*\*

und der Staatsanwaltschaft:

Das Schöffengericht verurteilte den Angeklagten H\*\*\* nach §§ 28, 128 Abs. 2 StGB zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren. Dabei wertete es das Zusammentreffen eines Verbrechens mit einem Vergehen, die mehrfache Qualifikation des Diebstahls und die einschlägigen Vorstrafen als erschwerend, hingegen das "Tatsachengeständnis bzw. Teilgeständnis" sowie den Umstand, daß es in Ansehung des Diebstahls beim Versuch blieb, als mildernd. Mit seiner Berufung strebt der Angeklagte H\*\*\* eine Herabsetzung der Freiheitsstrafe an, während die Staatsanwaltschaft mit ihrer Berufung eine Erhöhung des Strafmaßes begehrt. Lediglich der Berufung der Staatsanwaltschaft kommt Berechtigung zu.

Zu Recht weist die Anklagebehörde in ihrer Berufungsschrift darauf hin, daß dem vom Erstgericht als Milderungsumstand herangezogenen Tatsachengeständnis bzw. Teilgeständnis im Hinblick auf das mangelnde Eingeständnis der subjektiven Merkmale des Diebstahls kein besonderer Milderungswert zukommt (vgl. Leukauf-Steininger aaO § 34 RN 25).

In hohem Maße geprägt wird die Schuld des Angeklagten - der wegen strafbarer Handlungen gegen fremdes Vermögen bereits mehrjährige Freiheitsstrafen verbüßt hat und zuletzt nach der Anhaltung in einer Anstalt für gefährliche Rückfalltäter (§ 23 StGB) am 2. Oktober 1985 entlassen wurde - jedoch durch die reife Überlegung und genaue Vorbereitung des vorliegenden Diebstahls wie auch durch die Intensität der dabei aufgewendeten Energie. Diese Umstände charakterisieren den Angeklagten als Rechtsbrecher, dem es in hohem Maße an Verbundenheit mit den rechtlich geschützten Werten fehlt und der sich bedenkenlos - auch durch die Begehung schwerer Delikte (unter Mitführen von Waffen) - über die Schranken des Rechts hinwegsetzt.

Wird all dies bei Ausmessung der verwirkten Strafe gebührend berücksichtigt, so erweist sich - bei dem hier aktuellen Strafrahmen von einem bis zu zehn Jahren - zur Erfassung der tat- und persönlichkeitsbezogenen Schuld (§ 32 StGB) des Angeklagten eine Erhöhung der über ihn verhängten Freiheitsstrafe auf drei Jahre jedenfalls als erforderlich. Demzufolge war der Angeklagte mit seiner auf eine Straferabsetzung abzielenden Berufung, in der er im übrigen keine (weiteren) zu seinen Gunsten ausschlagenden Umstände vorzubringen vermag, auf diese Entscheidung zu verweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf der bezogenen Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E14563

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1988:01400S00026.88.0525.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19880525\_OGH0002\_0140OS00026\_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)