

# TE OGH 1988/5/11 140s62/88

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 11.05.1988

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 11.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. Schumacher als Schriftführerin, in der Strafsache gegen Walter F\*\*\* und einen anderen wegen des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten schweren Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 2, 129 Z 1 und 15 StGB sowie einer anderen strafbaren Handlung über die Nichtigkeitsbeschwerde und die Berufung des Angeklagten Frank Z\*\*\* sowie die Berufung des Angeklagten Walter F\*\*\* gegen das Urteil des Landesgerichtes für Strafsachen Wien als Schöffengericht vom 25.Februar 1988, GZ 5 d Vr 8840/87-81, nach Anhörung der Generalprokuratur in nichtöffentlicher Sitzung zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben, das angefochtene Urteil, welches im übrigen unberührt bleibt, in Ansehung des Angeklagten Frank Z\*\*\* sowie gemäß § 290 Abs. 1 StPO auch hinsichtlich des Angeklagten Walter F\*\*\* im Schuldspruch laut Punkt A/II/1 des Urteilssatzes, ferner in der rechtlichen Unterstellung sämtlicher Diebstahlstaten - deren Schuldspruch jedoch mit Ausnahme jenes laut Punkt A/II/1 aufrecht bleibt - zur Gänze sowie demgemäß überdies im gesamten Strafausspruch (einschließlich des Ausspruchs über die Vorhaftanrechnung nach § 38 StGB) aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung im Umfang der Aufhebung an das Erstgericht zurückverwiesen.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde zurückgewiesen. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte Frank Z\*\*\* auf diese Entscheidung verwiesen.

Die Berufung des Angeklagten Walter F\*\*\* wird zurückgewiesen.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurde (u.a.) der am 1. September 1954 geborene, zuletzt beschäftigungslose Frank Z\*\*\* des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten schweren Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 2, 129 Z 1 und 15 StGB schuldig erkannt. Darnach hat er in Wien teils allein, teils in Gesellschaft von Beteiligten (§ 12 StGB) fremde bewegliche Sachen in einem 100.000 S übersteigenden Wert anderen mit dem Vorsatz, sich durch die Sachzueignung unrechtmäßig zu bereichern, weggenommen (Punkt A/I und II des Urteilssatzes) bzw. wegzunehmen versucht (Punkt III), und zwar A/I. durch Einbruch weggenommen

1. Frank Z\*\*\* gemeinsam mit Walter F\*\*\* und dem

abgesondert verfolgten Raimund G\*\*\* am 27. August 1987 Verfügungsberechtigten der Firma I\*\*\* P\*\*\* zwei Brecheisen im Wert von 650 S;

2. Frank Z\*\*\* allein

a) in der Nacht zum 2. September 1987 der Beatrix Y\*\*\* Rauchwaren, Fahrscheine, Feuerzeuge, Spielkarten, Briefmarken und Wechselgeld im Gesamtwert von 71.370 S;

b) vor dem 10. September 1987 dem Günter F\*\*\* Briefmarken und Silbermünzen im Gesamtwert von 6.000 S;

A/II. weggenommen

1.

Frank Z\*\*\* gemeinsam mit Walter F\*\*\* zwischen dem

15.

und 20. August 1987 Verfügungsberechtigten der Firma G\*\*\* GesmbH 31 Kübel Fassadenputz im Gesamtwert von 20.000 S;

2. Frank Z\*\*\* allein

a) am 3. oder 4. Juni 1987 dem Peter M\*\*\* vier Stück VW-Reifen und Felgen im Gesamtwert von 13.000 S;

b) im Sommer 1987 einem Unbekannten vier Stück Mercedes-Reifen und Felgen im Gesamtwert von ca. 40.000 S;

III. Frank Z\*\*\* gemeinsam mit Walter F\*\*\* und dem

abgesondert verfolgten Raimund G\*\*\* am 27. August 1987 Verfügungsberechtigten der Firma Peter K\*\*\* nicht mehr festzustellende Waren wegzunehmen versucht.

Nur die Schuldspruchfakten laut Punkt A/I/2/a und b sowie A/II/1 bekämpft der Angeklagte Z\*\*\* mit einer auf die Z 5, 5 a und 9 lit. a (der Sache nach 9 lit. b) des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde. Walter F\*\*\*, der mit demselben Urteil des Verbrechens des teils vollendeten, teils versuchten schweren Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1, 128 Abs. 1 Z 4, 129 Z 1 und 15 StGB (Punkt A/I/1, A/II/1 und A/III/ des Urteilsatzes) sowie des Vergehens des Betruges nach § 146 StGB (Punkt B) schuldig erkannt und hierfür zu einer Freiheitsstrafe verurteilt wurde, hat - wie sich aus dem ungerügt gebliebenen Hauptverhandlungsprotokoll ergibt - anschließend an die Rechtsmittelbelehrung auf Rechtsmittel ausdrücklich verzichtet (§ 91/II). Dennoch hat er in der Folge (schriftlich) das Rechtsmittel der Berufung angemeldet (ON 84). Da jedoch der davor (nach ordnungsgemäßer Belehrung gemäß §§ 3, 268 StPO und im Beisein eines Verteidigers) abgegebene Rechtsmittelverzicht als prozessuale Erklärung wirksam und demzufolge - wie übrigens auch nach § 268 Abs. 2 StPO nF - unwiderruflich ist (vgl. Mayerhofer-Rieder, StPO2 ENr. 30 zu § 268 sowie ENr. 8, 29 f zu § 285 a), war die Berufung zurückzuweisen (§§ 294 Abs. 4, 296 Abs. 2 StPO).

Mit seiner auf die Z 5 und 5 a des § 281 Abs. 1 StPO gestützten Rüge führt der Angeklagte Z\*\*\* in Ansehung des Schuldspruchfaktums A/I/2/a (Trafikeinbruch zum Nachteil der Beatrix Y\*\*\*) zunächst ins Treffen, daß die Anzeigeerstattung durch seine (damalige) Lebensgefährtin Christine F\*\*\* aus "rein persönlichen niederen Motiven" erfolgt und das von ihm vor der Polizei abgelegte (und in der Folge widerrufen) Geständnis durch Verwendung gesetzwidriger Mittel herbeigeführt worden sei. Diesem Beschwerdevorbringen ist zunächst ganz allgemein zu erwidern, daß der kritisch psychologische Vorgang der Würdigung eines Beweismittels durch die Tatrichter einer Anfechtung aus dem Nichtigkeitsgrund nach § 281 Abs. 1 Z 5 a StPO entzogen ist (14 Os 41/88, 12 Os 40/88).

### **Rechtliche Beurteilung**

Soweit sich der Beschwerdeführer dagegen wendet, daß das Schöffengericht den bezüglichlichen Feststellungen seine (geständigen) Angaben vor der Polizei zugrunde gelegt habe, seine spätere Darstellung, wonach dieses Geständnis nur unter dem Druck von Mißhandlungen der ihn vernehmenden Polizeibeamten zustande gekommen sei, hingegen unberücksichtigt gelassen habe, bekämpft er nur in unzulässiger Weise die Beweiswürdigung des erkennenden Schöffensenates. Die Tatrichter haben nämlich die geänderte Verantwortung des Angeklagten keineswegs unerörtert

gelassen (vgl. S 102 ff/II); sie gelangten jedoch insbesondere auf Grund des unbedenklichen persönlichen Eindrucks, den sie von den in der Hauptverhandlung als Zeugen vernommenen Beamten gewonnen hatten, zur Überzeugung, daß das vom Angeklagten - in dessen PKW auch das Tatwerkzeug, nämlich ein 57 cm langer Meißel, vorgefunden werden konnte (S 102, 105/II) - abgelegte Geständnis nicht unter Druck zustandegekommen ist (S 103, 104/II). Außerdem brachte das Schöffengericht in diesem Zusammenhang noch zum Ausdruck, daß die beim Angeklagten am 30. September 1987 im Gefangenenhaus von einem Dentisten festgestellte Lockerung der (beiden) oberen Schneidezähne, die der ärztlichen Bestätigung (ON 40) zufolge durch einen "tätlichen Einfluß bewirkt worden sein kann", von Tötlichkeiten herrühren konnte, in welche der Angeklagte kurze Zeit vorher in einem Lokal verwickelt war (vgl. S 103/II iVm S 239/I, 39, 86/II). Das vom Beschwerdeführer vermißte "Faszikelprotokoll des Bezirkspolizeikommissariates 12 hinwieder, womit offensichtlich die - allerdings nur wegen Veruntreuung erstattete - Anzeige der Christine F\*\*\* beim Bezirkspolizeikommissariat Meidling gemeint ist, befindet sich ohnehin in den Strafakten (ON 36), aus denen es der Aktenlage zufolge auch nicht nach der Urteilsfällung (vorübergehend) entfernt worden ist. Hinzu kommt, daß der Beschwerdeführer, der im übrigen bei der in Rede stehenden Einvernahme durch die Polizei die Begehung weiterer - später dann allerdings eingestandener - Straftaten ausdrücklich bestritten hat (vgl. S 118/I iVm S 125, 129/I), seinen eigenen Angaben in der Hauptverhandlung zufolge (vgl. S 36/II) Christine F\*\*\* - der damaligen Lebensgefährtin - selbst mitgeteilt hat, er habe "den Einbruch gemacht". Demzufolge mußte sich das Erstgericht entgegen der Meinung des Beschwerdeführers nicht eigens damit auseinandersetzen, daß in der in Rede stehenden Trafik bereits früher - "vor Monaten" - von unbekannten Tätern ein Einbruchsdiebstahl verübt worden ist (vgl. S 361/I). Das in diesem Zusammenhang "subsidiär" auf § 281 Abs. 1 "Ziffer 5 a Strafprozeßordnung alter Fassung" - damit ersichtlich gemeint Z 5 - gestützte, die zeitliche Unmöglichkeit der Tatbegehung durch den Angeklagten behauptende Vorbringen beruht ausschließlich auf bloßen (spekulativen) Annahmen, die in der Aktenlage - insbesondere auch in dem ungerügt gebliebenen Hauptverhandlungsprotokoll - keine Stütze finden. Denn die Dauer des angeblichen Gasthausbesuches des Angeklagten vom 1. zum 2. September 1987 ist ebensowenig aktenkundig, wie sein behaupteter Telefonanruf bei Christine F\*\*\* in der Tatnacht (1. zum 2. September 1987), der im übrigen die Möglichkeit seiner Anwesenheit am Tatort nicht ausschließen würde. Hinzu kommt, daß der Aussage des von der Beschwerde in diesem Zusammenhang genannten Zeugen Günter F\*\*\* (vgl. S 51/II) lediglich zu entnehmen ist, daß er über die Nacht vom 1. zum 2. September 1987 "nichts weiß" und der Beschwerdeführer einmal "wie eine Geburtstagsfeier stattfand, im Lokal war".

Bei dem Einwand zum Schuldspruchfaktum A/I/2/b (Einbruchsdiebstahl zum Nachteil des Günter F\*\*\* hinwieder, der Angeklagte habe die Sachwegnahme als erlaubt angenommen, übergeht die Beschwerde, abgesehen von den weiteren, vom Erstgericht im Urteil angestellten, mit den Denkgesetzen und allgemeiner Lebenserfahrung im Einklang stehenden Erwägungen, die eigene Verantwortung des Angeklagten in der Hauptverhandlung (S 43/II), wo er eine "Erlaubnis" des Günter F\*\*\* zur Wegnahme der Briefmarken und Silbermünzen selbst ausdrücklich verneinte.

Der Beschwerdeführer vermag sohin mit seinem Vorbringen weder einen formellen Begründungsmangel des Urteils (Z 5) aufzuzeigen noch erhebliche Bedenken gegen die Richtigkeit der dem Ausspruch über seine Schuld zugrunde gelegten Tatsachen (Z 5 a) zu erwecken. Im bisher erörterten Umfang war daher die Nichtigkeitsbeschwerde aus den angeführten Gründen schon bei der nichtöffentlichen Beratung sofort zurückzuweisen (§ 285 d Abs. 1 Z 2 StPO).

Berechtigt ist die Beschwerde hingegen, soweit der Angeklagte Z\*\*\* gestützt auf § 281 Abs. 1 Z 9 lit. a - der Sache nach Z 9 lit. b - StPO in Ansehung des Schuldspruchfaktums laut Punkt A/II/1 des Urteilssatzes (Diebstahl von 31 Kübeln Fassadenputz im Wert von 20.000 S) den Strafaufhebungsgrund tätiger Reue (§ 167 StGB) mit dem Hinweis beansprucht, daß "über freiwilliges Geständnis" die Sicherstellung des Diebsgutes erfolgte, "bevor die geschädigte Firma vom Diebstahl Kenntnis hatte".

Dieses Vorbringen - das Schöffengericht stützte den bezüglichlichen Schuldspruch auf das umfassende Geständnis der Angeklagten Z\*\*\* und F\*\*\* im Vorverfahren wie auch in der Hauptverhandlung (S 107/II) - findet in der Aktenlage insofern eine Stütze, als die Erstattung der Anzeige - bei welcher unter einem das Diebsgut an die geschädigte Firma zurückgestellt wurde (S 168/I) - erst am 18. September 1987 und damit zwei Tage nach dem am 16. September 1987 erfolgten Eingeständnis (auch) dieses (bis dahin nicht einmal der Geschädigten Firma bekannt gewesenen) Diebstahls durch den Angeklagten F\*\*\* erfolgte, der dabei auch die Örtlichkeit bekanntgab, an der die Diebsbeute gelagert war (S 131, 167 f).

Hat aber ein Täter im Zug seiner polizeilichen Einvernahme eine Straftat, deren er bisher nicht verdächtigt wurde,

zugegeben und durch die Bekanntgabe des genauen Ortes des Verstecks des Diebsgutes eine Handlung gesetzt, die den Umständen entsprechend einer Selbstanzeige unter gleichzeitiger Schadensgutmachung durch Erlag bei der Behörde im Sinne des § 167 Abs. 3 StGB entspricht, kommt ihm hinsichtlich dieser Tathandlung - sofern sie mit den übrigen Urteilsfakten in keinem Fortsetzungszusammenhang steht (vgl. SSt. 50/18 u.a.) - der Strafaufhebungsgrund tätiger Reue zugute (vgl. EvBl. 1979/243; Leukauf-Steininger Komm.2 RN 28; Kienapfel, BT II RN 70 f; Liebscher im WK Rz. 44 jeweils zu § 167). § 167 Abs. 3 StGB kann nämlich nur dahin verstanden werden, daß der Täter nicht unbedingt sogleich bei der Selbstanzeige die widerrechtlich entzogene Sache oder den vollen Schadenersatzbetrag sofort auf den Tisch legen ("erlegen") muß, sondern daß ihm tätige Reue auch dann zuzubilligen ist, wenn er im Zeitpunkt der Selbstanzeige eine Handlung setzt, die einem effektiven Erlag gleichkommt, wenn also durch die Erklärung des Täters dem Geschädigten die unverzügliche Empfangnahme gesichert ist (EvBl. 1979/243).

§ 167 Abs. 4 StGB hinwieder bestimmt, daß der Täter eines der in § 167 Abs. 1 StGB bezeichneten Vermögensdelikte auch dann nicht zu bestrafen ist, wenn ein Dritter in seinem Namen oder wenn ein anderer an der Tat Mitwirkender den ganzen aus der Tat entstandenen Schaden unter den im Abs. 2 des § 167 StGB genannten Voraussetzungen (freiwillig und rechtzeitig, nämlich bevor die Behörde von seinem Verschulden erfahren hat) gutmacht, sofern er sich um die Schadensgutmachung ernstlich bemüht hat. Voraussetzung für tätige Reue ist demnach immer ein aktives Mitwirken an der Schadensgutmachung, wobei jedenfalls ein bloßes Untätigbleiben oder ein Nichthindern der Schadensgutmachung nicht genügt (EvBl. 1976/261 = SSt. 47/10; Leukauf-Steininger aaO RN 30; Liebscher im WK Rz. 47, 48 je zu § 167). Die Strafbarkeit eines Tatbeteiligten entfällt daher nicht, wenn zum Zeitpunkt der Schadensgutmachung durch einen Mittäter die Behörde bereits von seinem Verschulden Kenntnis erlangt hat.

Feststellungen zu all diesen Fragen läßt das angefochtene Urteil vermissen. Dies erfordert zunächst eine Verfahrenserneuerung zum Faktum A/II/1 in Ansehung des Beschwerdeführers. Dieselben Gründe kommen aber auch dem Angeklagten Walter F\*\*\* (vgl. abermals S 131, 167 f/I) zustatten, der keine Nichtigkeitsbeschwerde ergriffen hat (§ 290 Abs. 1 StPO). Insoweit war daher gleichfalls nach Anhörung der Generalprokuratur bereits in nichtöffentlicher Sitzung wie im Spruch zu erkennen (§ 285 e StPO).

Dies hat im Hinblick darauf, daß die gemäß Art. XX Abs. 1 StRÄG 1987 mittlerweile in Kraft getretenen neuen materiellrechtlichen Bestimmungen - die auch bei einer Teilaufhebung in Ansehung des davon betroffenen Delikts - zum Tragen kommen (13 Os 41/88), zur Folge, daß - bei aufrecht bleibendem Schuldspruch in Ansehung der von der Aufhebung nicht betroffenen

Diebstahlsfakten - die gesamte rechtliche Beurteilung des Diebstahls, demnach nicht nur hinsichtlich der (Wert-) Qualifikation nach § 128 Abs. 1 Z 4 StGB (beim Angeklagten F\*\*\*) und nach § 128 Abs. 2 StGB (beim Angeklagten Z\*\*\*), sondern wegen der (durch das StRÄG 1987 erfolgten) Aufhebung des § 127 Abs. 2 und des Entfalls der Absatzbezeichnung "(1)" auch in Ansehung der (unverändert gebliebenen Einbruchs-)Qualifikation nach § 129 Z 1 StGB, aufgehoben werden mußte.

Mit seiner Berufung war der Angeklagte Z\*\*\* auf die Aufhebung (auch) des Strafausspruchs zu verweisen.

Die Kostenentscheidung fußt auf der bezogenen Gesetzesstelle.

#### **Anmerkung**

E14088

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

ECLI:AT:OGH0002:1988:0140OS00062.88.0511.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19880511\_OGH0002\_0140OS00062\_8800000\_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)