

# TE OGH 1985/5/21 100s8/85

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.05.1985

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 21.Mai 1985 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Friedrich, Dr. Reisenleitner, Dr. Kuch und Dr. Massauer als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Köhl als Schriftführer in der Strafsache gegen Heinz Bernhard S\*\*\* und Manfred A wegen des Vergehens der schweren Sachbeschädigung nach den §§ 125, 126 Abs. 1 Z 7 StGB und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerden der Angeklagten Heinz Bernhard B und Manfred A und die Berufungen des Angeklagten Manfred A sowie der Staatsanwaltschaft bezüglich beider Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Klagenfurt als Schöffengericht in Jugendstrafsachen vom 6.November 1984, GZ 11 Vr 2997(83-68, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Rzeszut, des Angeklagten B und der Verteidiger Dr. Subarsky und Dr. Ringer, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten A zu Recht erkannt:

## Spruch

Die Nichtigkeitsbeschwerden werden verworfen.

Der Berufung der Staatsanwaltschaft wird nicht Folge gegeben. Die Berufung des Angklagten A wird zurückgewiesen.

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

## Text

Gründe:

Mit dem angefochtenen Urteil wurden der Angeklagte Heinz Bernhard B des Vergehens der schweren Sachbeschädigung nach §§ 125, 126 Abs. 1 Z 7 StGB (Punkt I./ des Schuldspruches), des Verbrechens der Brandstiftung nach § 169 Abs. 1 StGB (Punkt II./), des Vergehens des teils vollendeten, teils versuchten unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach §§ 136 Abs. 1

und 2 sowie 15 StGB (Punkte III./ und IV./), des Vergehens nach § 36 Abs. 1

lit b WaffG (Punkt V./), des Vergehens der Hehlerei nach§ 164 Abs. 1 Z 2 StGB (Punkt VI./), des Verbrechens des versuchten Diebstahls durch Einbruch nach §§ 15, 127 Abs. 1, 129 Z 1 StGB (Punkt VII./), des Verbrechens des verbrecherischen Komplotts nach § 277 Abs. 1 StGB (Punkt VIII./) sowie des Vergehens der Störung der Totenruhe nach § 190 Abs. 2 StGB (Punkt IX./) und der Angeklagte Manfred A des Vergehens des versuchten unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen nach §§ 15, 136 Abs. 1

und 2 StGB (Punkt IV./ des Schuldspruches), des Verbrechens des verbrecherischen Komplotts nach§ 277 Abs. 1 StGB (Punkt VIII./) sowie des Vergehens der Störung der Totenruhe nach § 190 Abs. 2 StGB (Punkt IX./) schuldig erkannt.

I./ Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Heinz Bernhard B:

Dieser Angeklagte bekämpft das Urteil mit einer ausschließlich auf § 281 Abs. 1 Z 1 StPO gestützten Nichtigkeitsbeschwerde, in der er vorbringt, Mag. C habe dem erkennenden Schöffensenat als beisitzende Berufsrichterin angehört, obwohl sie im Vorverfahren (wenn auch nur vertretungsweise - § 344 iVm § 80 und 180) als Untersuchungsrichter tätig war.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der Beschwerdeeinwand scheitert jedoch schon daran, daß es sich bei dem in Rede stehenden Verfahren um eine Jugendstrafsache im Sinne des § 1 Z 4 JGG handelt - der am 4. Mai 1966 geborene Angeklagte B hatte im Zeitpunkt der Verfahrenseinleitung am 10. November 1983 (vgl. § 28) das 18. Lebensjahr noch nicht vollendet -, weshalb die Bestimmung des § 36 Abs. 2 JGG zum Tragen kommt. Darnach ist aber in Jugendstrafsachen von der Mitwirkung und Entscheidung in der Hauptverhandlung nicht ausgeschlossen, wer im selben Verfahren als Untersuchungsrichter tätig war. Nur der Vollständigkeit halber sei hinzugefügt, daß überdies der Beschwerdeführer eingangs der ursprünglichen (vertagten) Hauptverhandlung vom 31. Juli 1984 ausdrücklich auf die Geltendmachung des (nunmehr dennoch) gerügten Umstandes als Nichtigkeitsgrund verzichtete und deshalb (der Beschwerdebehauptung zuwider) auch außer Frage steht, daß der nunmehr als Nichtigkeitsgrund geltend gemachte Umstand dem Beschwerdeführer bzw. (prozessual gleich rechtserheblich: vgl. 9 O 122/81) seinem Verteidiger schon zu Beginn der früheren Hauptverhandlung (vom 31. Juli 1984), sohin jedenfalls noch vor der (gemäß § 276 a StPO wiederholten) maßgebenden Hauptverhandlung vom 6. November 1984 bekannt war, und er daher überdies der im § 281 Abs. 1 Z 1 zweiter Halbsatz StPO normierten sofortigen Rügepflicht nicht nachgekommen wäre.

Nichtigkeit des angefochtenen Urteils nach § 281 Abs. 1 Z 1 StPO wurde auch entgegen den weiteren Beschwerdeausführungen nicht dadurch bewirkt, daß bei der Hauptverhandlung vom 31. Juli 1984 das Schöffengericht neben den beiden Berufsrichtern mit drei (statt mit zwei) Schöffen besetzt gewesen wäre.

Allfällige in dieser Hauptverhandlung unterlaufene Nichtigkeiten wären nämlich zum einen durch deren Wiederholung (§ 276 a StPO) am 6. November 1984

jedenfalls obsolet geworden (Mayerhofer/Rieder, StPO 2, Nr. 8 zu § 276 a).

Daran ändert auch nichts, daß in der gemäß § 276 a StPO wiederholten Hauptverhandlung Teile des Hauptverhandlungsprotokolls vom 31. Juli 1984

verlesen wurden, was zudem im Einverständnis mit dem Beschwerdeführer geschah (§ 418). Nur am Rande sei noch darauf hingewiesen, daß es sich zum anderen bei der im Hauptverhandlungsprotokoll vom 31. Juli 1984 an dritter Stelle angeführten Schöffin Ute D außerdem bloß um eine Ersatzschöffin (vgl. den handschriftlichen Zusatz § 343) handelte, die der Hauptverhandlung offenkundig gemäß § 221 Abs. 3 StPO, also zulässigerweise beigezogen worden war.

II./ Zur Nichtigkeitsbeschwerde des Angeklagten Manfred A:

Der Angeklagte A bekämpft mit seiner Nichtigkeitsbeschwerde unter Anrufung der Z 9 lit b und 10 des § 281 Abs. 1 StPO bloß den Schuldspruch wegen verbrecherischen Komplotts (Urteilsfaktum VIII./). Er erachtet sich dadurch beschwert, daß das Erstgericht die Anwendbarkeit des § 277 Abs. 2 StGB verneinte.

Nach den erstgerichtlichen Urteilsfeststellungen zu diesem Faktum (§ 440 ff) machte der Angeklagte B dem Angeklagten A den - ernst gemeinten - Vorschlag, bei einer Brandstiftung mitzuwirken, wozu sie sich vorerst bei der Kraftfahrzeugwerkstätte E einen PKW zum unbefugten Gebrauch verschaffen wollten (Urteilsfaktum IV./), um zum Ort der geplanten Brandstiftung zu gelangen. Dieser Plan wurde deshalb 'fallengelassen', weil dem Angeklagten A, 'als er merken mußte, daß noch weitere Hindernisse zu überwinden waren, schließlich das Risiko eines weiteren Tätigwerdens zu groß erschien' (§ 441). Diese Hindernisse sah das Erstgericht in 'der ganzen Situation', nämlich der Nachtzeit und den (stark blutenden und demnach umfangreiche Blutspuren zurücklassenden) Schnittverletzungen des Angeklagten B, die sich dieser beim Einsteigen in die Werkstätte zugezogen hatte (§ 442). Nach den im Urteil wiedergegebenen Verantwortungen beider Angeklagten war eine Inbetriebnahme des zur Fahrt zum Objekt der beabsichtigten Brandstiftung vorerst in Aussicht genommenen PKWs deshalb nicht möglich, weil die Ausfahrt aus der Werkstätte durch andere Fahrzeuge verstellt war. Von der danach von B erwogenen Inbetriebnahme anderer im Bereich der Werkstätte stehender Fahrzeuge riet der Angeklagte A nach seiner im Urteil wiedergegebenen Verantwortung ab.

Der Angeklagte A meint in seiner Rechtsrüge, daß die Hindernisse zur Ausführung der geplanten Brandstiftung

'eigentlich minimal' gewesen seien, weil die Verletzung BS 'ganz geringfügiger Art' gewesen sei und es 'kein Problem mehr war, das Auto in Benützung zu nehmen' - an anderer Stelle wird ausgeführt, daß es 'kein großes Problem dargestellt' hätte, 'ein Fahrzeug in Betrieb zu nehmen' (wobei hier ersichtlich auf die Erwägung BS Bezug genommen wird, das vor der Werkstätteneinfahrt abgestellte Fahrzeug oder das im Lackierraum stehende Fahrzeug - vgl S 438 - in Betrieb zu nehmen). Die Ausführungen der Nichtigkeitsbeschwerde sind verfehlt. Einer Abstandnahme von der Ausführung einer verabredeten Tat kommt als Verhinderung (auf eine andere Art als durch eine Mitteilung an die Behörde oder an den Bedrohten) gemäß § 277 Abs. 2 StGB nur dann straufhebende Wirkung zu, wenn sie freiwillig geschieht. Freiwillig ist eine derartige Tatverhinderung, wenn dem Täter die Vorstellung erhalten bleibt, daß eine seinem Tatplan entsprechende Tatvollendung noch möglich wäre, mag auch der das Absehen von der Tatausführung unmittelbar auslösende innere Anstoß auf (allgemeiner) Furcht vor Entdeckung und Strafe beruhen (SS 52/40 = EvBl 1981/241; EvBl 1976/98; ÖJZ-LSK 1977/290).

Im vorliegenden Fall kann von freiwilliger Abstandnahme von der Tatausführung schon deshalb nicht mehr gesprochen werden, weil der verhaltensbestimmende Entschluß auch des Angeklagten A auf psychischem Unvermögen zur Tatrealisierung, nicht aber auf einem aus eigenem Antrieb geleisteten Verzicht auf eine nach wie vor als erfolversprechend empfundene Planverwirklichung beruhte. Die Inbetriebnahme des vorerst in Aussicht genommenen Fahrzeuges scheiterte deshalb, weil die Ausfahrt aus der Werkstätte durch ein anderes Fahrzeug verstellt war, somit an einem äußeren Hindernis; die sodann erwogene Inbetriebnahme eines anderen Fahrzeuges erschien dem Angeklagten A nach den aus seiner Verantwortung (S 129) übernommenen Feststellungen des Erstgerichtes mit einem Risiko behaftet und es war für ihn fraglich, ob die weiteren Hindernisse hiezu aus dem Weg geräumt werden könnten (S 442).

Ausgehend von diesen mit einer Mängelrüge nicht bekämpften Feststellungen mangelt es aber an dem für den Eintritt des Strafaufhebungsgrundes des § 277 Abs. 2 StGB erforderlichen Element der Freiwilligkeit der Abstandnahme von der verabredeten Tat, denn es war demnach beim Angeklagten A nicht mehr die Vorstellung erhalten, daß eine dem Tatplan entsprechende Vollendung des Vorhabens beider Täter (zur Brandstiftung) nach wie vor möglich wäre, war doch neben der mangelnden Bereitschaft des Angeklagten A, noch ein Risiko einzugehen, jedenfalls auch die widrige Situation, nämlich die Nachtzeit und die (stark blutenden) Verletzungen BS für die Abstandnahme bestimmend.

Es kann daher weder ein freiwilliger Rücktritt vom Versuch des Vergehens nach § 136 Abs. 1 und 2 StGB, noch eine vom Angeklagten F behauptete Freiwilligkeit einer Verhinderung der mit dem Angeklagten B verabredeten Brandstiftung und damit eine Anwendbarkeit des § 277 Abs. 2 StGB angenommen werden.

Weshalb das Vorbringen des Angeklagten A zur Z 9 lit b des § 281 Abs. 1 StPO auch unter dem Blickwinkel einer Nichtigkeit nach der Z 10 dieser Gesetzesstelle zu prüfen wäre, was 'vorsichtshalber' - ohne Substantiierung - vorgebracht wird, bleibt unerfindlich; dieses Vorbringen entzieht sich einer sachbezogenen Erwiderung.

III. Zu den Berufungen:

Das Erstgericht verurteilte den Angeklagten B nach § 169 Abs. 1 StGB unter Anwendung des § 28 StGB und unter Bedachtnahme auf § 11 JGG zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 1 1/2 Jahren, die es gemäß § 43 Abs. 2 StGB unter Bestimmung einer Probezeit von 3 Jahren bedingt nachsah. Den Angeklagten A verurteilte es nach § 277 Abs. 1 StGB unter Anwendung der §§ 28 und 41 StGB zu einer Freiheitsstrafe in der Dauer von 4 Monaten.

Beim Angeklagten B wertete das Erstgericht als erschwerend das Zusammentreffen von drei Verbrechen mit fünf Vergehen und die Wiederholung des unbefugten Gebrauches von Fahrzeugen, als mildernd ein Teilgeständnis, seine bisherige Unbescholtenheit und den Umstand, daß es teilweise beim Versuch blieb. Es sah im Hinblick darauf, daß dieser Angeklagte nach seiner Enthftung wieder berufstätig wurde und sich offenkundig bemühte, ein sozial angepaßtes Leben zu führen, die Voraussetzungen des § 43 Abs. 2 StGB als gegeben.

Beim Angeklagten A wertete das Erstgericht als erschwerend eine Vorstrafe wegen eines Vermögensdeliktes und das Zusammentreffen eines Verbrechens mit zwei Vergehen, als mildernd ein 'wesentliches' Geständnis, den Umstand, daß er offenkundig nur über Andringen des Angeklagten B 'in diese Sache hineingeschlittert ist', und eine Enthemmung durch Alkoholgenuß.

Bei diesen Strafzumessungsgründen erachtete das Erstgericht die Voraussetzungen des § 41 StGB als gegeben.

Die Staatsanwaltschaft wendet sich mit ihrer Berufung gegen die Gewährung bedingter Strafnachsicht beim

Angeklagten B und gegen die Anwendung der außerordentlichen Strafmilderung beim Angeklagten A. Die Berufung der Anklagebehörde ist nicht berechtigt. Der Angeklagte B war unbescholten. Er hatte sich, wie den Akten und einem vom Obersten Gerichtshof eingeholten Bericht der Bewährungshilfe Kärnten zu entnehmen ist, sogleich nach seiner Entlassung aus der mehr als sieben Monate dauernden Untersuchungshaft bemüht, eine Arbeitsstelle zu finden, hatte diese Bemühungen auch nach einer saisonbedingten Arbeitslosigkeit fortgesetzt und ist derzeit als Hilfsarbeiter in einer Gärtnerei beschäftigt. Auch im Familienverband betätigte er sich mit besonderem Fleiß bei einem Hausbau. Es zeigt sich somit ein ernsthaftes Streben um Resozialisierung, das ersichtlich durch die erlittene Untersuchungshaft und das strafgerichtliche Verfahren ausgelöst wurde.

Unter Beachtung dieser besonderen Umstände kann aber davon ausgegangen werden, daß Gewähr für künftiges Wohlverhalten gegeben ist, weshalb dem Angeklagten B trotz des Gewichtes der von ihm verübten Taten, das auch im Strafausmaß entsprechenden Ausdruck findet, die bedingte Strafnachsicht vom Erstgericht zu Recht gewährt wurde.

Aber auch beim Angeklagten A ist die Berufung der Staatsanwaltschaft nicht im Recht.

Zu den vom Erstgericht bei diesem Angeklagten festgestellten Strafzumessungsgründen tritt als weiterer Milderungsgrund der Umstand hinzu, daß er zum Zeitpunkt der Verübung der ihm zur Last fallenden Straftaten das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte. Wie schon das Erstgericht trotz des übergehens dieses mildernden Umstandes erkannte, überwiegen bei diesem Angeklagten die Milderungsgründe beträchtlich.

Zu beachten ist weiters - fallbezogen - in besonderem Maß, daß der Angeklagte A ausschließlich durch die Initiative des Mitangeklagten zu den ihm zur Last fallenden Straftaten verleitet wurde und letztlich - wenn ihm auch der Strafaufhebungsgrund des § 277 Abs. 2 StGB nicht zugute kommt - durch eine Ausflucht gegenüber dem Mitangeklagten, nämlich die falsche Behauptung, das im Lackierraum stehende Fahrzeug gehöre seinem Bruder und er sei deshalb nicht bereit, es in Betrieb zu nehmen, mit dazu beitrug, daß das Vorhaben zu einer Brandstiftung letztlich aufgegeben wurde. Sein Verhalten kommt damit einem Strafaufhebungsgrund nahe.

Unter Beachtung des Gewichtes all dieser dem Angeklagten A zugute kommenden Umstände kann trotz der beiden Vorstrafen noch angenommen werden, daß Aussicht auf künftiges Wohlverhalten besteht. Damit erweist sich aber das vom Erstgericht gefundene Strafmaß als durchaus zutreffend.

Der Berufung der Staatsanwaltschaft war daher in beiden Richtungen ein Erfolg zu versagen.

Der Angeklagte A meldete neben der Nichtigkeitsbeschwerde auch Berufung an, führte aber das letztgenannte Rechtsmittel nicht aus. Seine Berufung war zurückzuweisen, weil weder bei ihrer Anmeldung noch in einer Ausführung jene Punkte deutlich und bestimmt bezeichnet wurden, durch die er sich beschwert erachtet (§ 294 Abs. 4 StPO).

#### **Anmerkung**

E05678

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

ECLI:AT:OGH0002:1985:0100OS00008.85.0521.000

#### **Dokumentnummer**

JJT\_19850521\_OGH0002\_0100OS00008\_8500000\_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)