

# TE OGH 1984/11/20 100s147/84

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 20.11.1984

## Kopf

Der Oberste Gerichtshof hat am 20. November 1984 durch den Senatspräsidenten des Obersten Gerichtshofes Dr. Faseth als Vorsitzenden und durch die Hofräte des Obersten Gerichtshofes Dr. Bernardini (Berichterstatter), Dr. Friedrich, Dr. Lachner und Hon.Prof. Dr. Brustbauer als weitere Richter in Gegenwart des Richteramtsanwärters Dr. Gurschler als Schriftführer in der Strafsache gegen Manfred A wegen des Verbrechens des schweren Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127 Abs.1, 128 Abs.1 Z. 4, 129 Z. 1 StGB. und anderer strafbarer Handlungen über die Nichtigkeitsbeschwerde und Berufung des Angeklagten gegen das Urteil des Landesgerichtes Innsbruck als Schöffengericht vom 19. April 1984, GZ. 28 Vr 658/84-29, nach öffentlicher Verhandlung in Anwesenheit des Vertreters des Generalprokurators, Generalanwalt Dr. Hauptmann, und des Verteidigers Dr. Strnad, jedoch in Abwesenheit des Angeklagten zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Nichtigkeitsbeschwerde wird teilweise Folge gegeben und das angefochtene Urteil, das im übrigen unberührt bleibt, im Ausspruch zu Punkt A 1, der Angeklagte habe die dort bezeichneten Diebstähle jeweils nach Eindringen mit einem widerrechtlich erlangten Schlüssel verübt sowie im Ausspruch über die Strafe (jedoch unter Aufrechterhaltung des Ausspruchs über die Anrechnung der Vorhaft gemäß § 38 StGB.) aufgehoben.

In Neubemessung der Strafe wird der Angeklagte für die ihm nach den aufrecht gebliebenen Teilen des Schuldspruchs zur Last fallenden Tathandlungen nach §§ 28, 128 Abs.1 StGB. zu 15 (fünfzehn) Monaten Freiheitsstrafe verurteilt.

Im übrigen wird die Nichtigkeitsbeschwerde verworfen. Mit seiner Berufung wird der Angeklagte auf diese Entscheidung verwiesen.

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

## Text

Gründe:

Das Schöffengericht erkannte Manfred A zu den Punkten A 1 und 2 sowie B des Verbrechens des schweren Diebstahls durch Einbruch nach §§ 127

Abs.1, 128 Abs.1 Z 4, 129 Z 1 StGB (zu ergänzen: teils, nämlich zu Punkt B als Beteiligter nach § 12 zweiter Fall StGB), ferner zu Punkt C des Vergehens des unbefugten Gebrauchs von Fahrzeugen nach § 136 Abs.1 und 2 StGB, zu Punkt D des Vergehens der Veruntreuung nach § 133 Abs.1 StGB und letztlich zu Punkt E des Vergehens des Betruges nach § 146 StGB schuldig. Es verurteilte ihn hiefür zu einer Freiheitsstrafe.

Nach Punkt A 1 hat der Angeklagte in der Zeit vom April bis Juni 1983 in Seefeld in mehreren Angriffen dem Luigi B verschiedene fremde bewegliche Sachen in einem 5.000 S übersteigenden Wert mit dem Vorsatz weggenommen, sich durch deren Zueignung unrechtmäßig zu bereichern, und zwar 'jeweils nach Eindringen mit einem widerrechtlich

erlangten Schlüssel'.

Zu A 2 wird ihm ein am 29. Jänner 1984 in Schwaz zum Nachteil des Rudolf C verübter, nicht weiter qualifizierter Diebstahl einer Herrenlederjacke im Wert von ca. 3.000 S angelastet und im Punkt B schließlich, daß er in der Zeit vom 27. bis 30. Juli 1983 in Seefeld den Franz D dadurch, daß er ihm den oben erwähnten Generalschlüssel des B aushändigte und ihn aufforderte, aus dem Büro die Tageslosung wegzunehmen, dazu bestimmt hatte, dem B fremde bewegliche Sachen in einem 5.000 S übersteigenden Wert, nämlich Bargeld in der Höhe von ca. 58.291 S mit dem Vorsatz wegzunehmen, sich und A durch dessen Zueignung unrechtmäßig zu bereichern.

Punkt D des Schuldspruches hingegen betrifft die Veruntreuung (§ 133 Abs.1 StGB) des gegenständlichen Generalschlüssels (unbekannten, jedoch 5.000 S nicht übersteigenden Wertes) zum Nachteil des Luigi B.

### **Rechtliche Beurteilung**

Der vom Angeklagten aus der Z 5, 9 lit. a und 10 des § 281 Abs.1 StPO erhobene Nichtigkeitsbeschwerde kommt teilweise Berechtigung zu.

Der Einwand des Angeklagten, das Gericht habe in Ansehung des Schuldspruches zu Punkt A 2 die Qualifikation nach § 129 Z 1 StGB (zufolge der Verwendung eines widerrechtlich erlangten Schlüssels auch bei dessen Verübung) zu Unrecht angenommen, geht allerdings ins Leere, weil ihm insoweit im Urteil (siehe dazu US. 16) ein dadurch beschwerter Diebstahl gar nicht angelastet worden ist. In diesem Umfang ist die Nichtigkeitsbeschwerde daher nicht prozeßordnungsgemäß ausgeführt.

Im Ergebnis unberechtigt ist auch das gegen den Schuldspruch zu Punkt D wegen des Vergehens nach § 133 Abs.1 StGB, begangen durch Veruntreuung des gegenständlichen Generalschlüssels gerichtete Beschwerdevorbringen.

Diesbezüglich wird zwar die Tat des Angeklagten im Spruch des Urteils verfehlt (siehe dazu Leukauf-Steininger 2, RN 14 und 15 zu § 133 StGB) nur darin erblickt, daß er den ihm anvertrauten Schlüssel im April 1983 nicht an B zurückgegeben hat, doch wird in den Entscheidungsgründen das deliktische Verhalten auch dahingehend konkretisiert, daß er den Schlüssel Ende Juli 1983

dem Franz D widerrechtlich zum Zweck der Begehung eines Diebstahls in den Räumlichkeiten des B überlassen hat, wodurch er - was zu der von ihm dazu erstatteten Rechtsrüge vorwegzunehmen ist - seinen Zueignungswillen in objektiv erkennbarer Weise bestätigte und solcherart die Sicherheit des Berechtigten, je wieder zur Sache zu gelangen, in Frage stellte.

Davon ausgehend betrifft sein im Rahmen der Mängelrüge (Z 5) erhobener Vorwurf, das Urteil sei mit sich selbst im Widerspruch, weil es ihm einerseits anlaste, sich im April 1983 den Generalschlüssel angeeignet (und dadurch veruntreut) zu haben, während es andererseits ausführe, es sei ihm dieser Schlüssel Anfang April 1983 vom Berechtigten übergeben worden, keinen entscheidungswesentlichen Umstand. Ergänzend ist dazu lediglich noch zu bemerken, daß der vom Beschwerdeführer zudem nicht gerügten Divergenz zwischen dem (die Tat vorliegend ohnedies nur individualisierenden) Urteilsspruch und den (diese erst konkretisierenden) Entscheidungsgründen (§ 281 Abs.1 Z 5 StPO) in Ansehung der Tatzeit keine entscheidende Bedeutung zukommt (ÖJZ-LSK 1977/353, 1978/304 u.a.), weil eben auch insoweit die Urteilsgründe zur Konkretisierung der Tat heranzuziehen sind (SSt 8/27, 10/17, 23/91 u.a.) und sich die Subsumtion und deren (hier: rechtliche) Überprüfung diesfalls auf jene Tat zu erstrecken hat, auf der die Entscheidung ihren Gründen zufolge beruht (vgl. 10 Os 17/83).

Unberechtigt ist aber auch die Rechtsrüge, derzufolge der Schuldspruch wegen Veruntreuung des Generalschlüssels schon deshalb verfehlt sei, weil die Annahme der Qualifikation nach § 129 Z 1 StGB (wegen Verübung eines Diebstahls mit einem widerrechtlich erlangten Schlüssel) den 'Unrechtsgehalt vollständig erfasse' und eine 'unechte Idealkonkurrenz der Tathandlungen oder Gesetzeskonkurrenz' vorläge. Denn durch den Schuldspruch wegen Veruntreuung wird lediglich der Unrechtsgehalt der ungetreuen Verwahrung anvertrauten Gutes durch den Angeklagten, begangen durch die Weitergabe des Schlüssels, sohin einer nicht ganz wertlosen Sache, an Franz D, bei dem er erst am 5. August 1983 sichergestellt wurde (S. 27, 59 d.A.) abgegolten, wogegen § 129 Z 1 StGB die Tat (des letzteren) wegen der - vom Angeklagten als Anstifter (§ 12 StGB) zu vertretenden - rechtswidrigen Verwendung des vom Dieb widerrechtlich - weil in Kenntnis der mangelnden Verfügungsberechtigung des übergebers - erlangten Schlüssels qualifiziert. Der Schuldspruch wegen des Vergehens der Veruntreuung nach § 133 Abs.1 StGB und die Anwendung des § 129 Z 1 StGB in bezug auf den sodann von D zum Nachteil des Luigi B verübten Diebstahl beziehen sich daher auf

jeweils anders geartete Taten, die zueinander - entgegen der Meinung des Beschwerdeführers - im Verhältnis echter Konkurrenz stehen. Ohne Rechtsirrtum hat das Erstgericht den Angeklagten daher auch des Vergehens der Veruntreuung nach § 133 Abs.1 StGB schuldig erkannt. In diesem Zusammenhang ist der Vollständigkeit halber zu ergänzen, daß § 129 Z 1 StGB im dritten Deliktsfall nicht auf die Überwindung eines beträchtlichen, die Sache gegen Wegnahme sichernden Hindernisses abstellt, sondern ausdrücklich nur auf den nachgemachten oder widerrechtlich erlangten Schlüssel. Deswegen sind auch die in SSt 44/21 zu § 174 I lit. d StG 1945

unter dem Blickwinkel der Hindernisbezwungung in Ansehung der Beteiligten an einem mit einem anvertrauten Schlüssel begangenen Diebstahl angestellten Erwägungen auf das neue Recht nicht übertragbar.

Im übrigen jedoch ist die Rechtsrüge, soweit sie sich gegen die Annahme der Qualifikation nach § 129 Z 1 StGB zu den Diebstählen zu Punkt A 1 (aus der Z 10 des § 281 Abs.1 StPO) richtet, berechtigt. Das Erstgericht hat (entgegen der Aussage des Geschädigten Luigi B, welcher in der Hauptverhandlung in Abrede gestellt hatte, dem Angeklagten überhaupt jemals einen Generalschlüssel übergeben zu haben) unter Zugrundelegung der diesbezüglich als glaubwürdig erachteten Verantwortung des Angeklagten zum Faktum A I als erwiesen angenommen, daß B ihm den gegenständlichen (General-)Schlüssel zur Durchführung von verschiedenen Arbeiten in seinen Gastlokalen übergeben hat; es stellte weiters fest, daß der Angeklagte (erst) in der Folge den Entschluß fasste, den Schlüssel zum Eindringen in die Wohnung des B zwecks Verübung von Diebstählen zu verwenden und daß er deshalb, nach dem Schlüssel befragt (gemeint: zur Schlüsselrückgabe aufgefordert), diesbezüglich ausweichende Erklärungen abgab, den Schlüssel behielt und damit sodann wiederholt Diebstähle beging.

In rechtlicher Hinsicht beurteilte das Erstgericht diesen Sachverhalt dahingehend, daß der Angeklagte auch in Ansehung der von ihm selbst verübten Diebstähle die Qualifikation nach § 129 Z 1 StGB verantworten müsse, weil er nämlich dabei (Punkt A 1) den vereinbarungswidrig zurückbehaltenen Schlüssel wie ein Eigentümer verwendet habe.

Dem kann allerdings nicht gefolgt werden. Denn es ändert die Tatsache, daß sich der Angeklagte der Verpflichtung zur Rückgabe des Schlüssels zunächst durch Ausflüchte entzog, daß er diesen also - was allerdings nicht tatbildlich im Sinne des § 133 Abs.1 StGB ist (siehe u.a. Leukauf-Steininger 2 RN 13 zu § 133) - dem Berechtigten vorenthielt, nichts daran, daß er den Schlüssel ordnungsgemäß und nicht widerrechtlich erlangt hat. Der von Kienapfel (Besonderer Teil II, RN 42 zu § 129 StGB) vertretenen, jedoch vereinzelt gebliebenen Ansicht, wonach ein Schlüssel auch dann als widerrechtlich erlangt anzusehen ist, wenn er (entgegen der vom Anvertrauenden auferlegten Rückstellungspflicht, also) vereinbarungswidrig zurückbehalten wird, kann nicht gefolgt werden. Denn durch bloßes Vorenthalten wird nach dem bereits oben Gesagten keine dem § 133 StGB entsprechende Zueignungshandlung gesetzt, an einem anvertrauten Schlüssel demnach auch kein (nunmehr) widerrechtlicher Gewahrsam (neu) begründet. Vielmehr wird der rechtmäßig erlangte Gewahrsam durch vertragswidriges Verhalten fortgesetzt, was in der Regel nur zivilrechtlich faßbar ist (Kienapfel, a.a.O., RN 54 und 73 zu § 133).

Davon ausgehend, daß der Angeklagte bei Begehung der unter A I angeführten Diebstähle den ihm anvertrauten Schlüssel nicht rechtswidrig erlangte, sondern (nur) widerrechtlich benützte - was nicht dem Tatbild des § 129 Z 1 StGB entspricht - war in teilweiser Stattgebung der Nichtigkeitsbeschwerde der Ausspruch, der Angeklagte habe die dort aufgezählten Diebstähle jeweils durch Eindringen mit einem widerrechtlich erlangten Schlüssel begangen, auszuschalten. Diese teilweise Aufhebung des Schuldspruches hatte auch die Kassierung des Strafausspruches zur Folge. Demzufolge war mit einer Neubemessung der Strafe vorzugehen.

Hiebei wurde als erschwerend angenommen, daß der Angeklagte mehrere strafbare Handlungen verschiedener Art begangen hat, daß er die Diebstähle wiederholte und in Ansehung des Vergehens nach § 136 StGB über den Grundtatbestand eine - vorliegend allerdings nicht strafbestimmende - Qualifikation zu verantworten hat; des weiteren aber auch fünf wegen auf der gleichen schädlichen Neigung beruhenden Straftaten erfolgte Vorverurteilungen sowie die Bestimmung des abgesondert verfolgten D zu einem Diebstahl. Mildernd hingegen war das weitgehende Geständnis des Angeklagten und eine teilweise objektive Schadensgutmachung.

Es konnten demnach im wesentlichen die auch vom Erstgericht erhobenen Strafzumessungsgründe herangezogen werden. Berücksichtigt man jedoch, daß bei einem Teil der Diebstähle - zum Punkt A 1 - nunmehr die (schwerwiegende) Qualifikation nach § 129 Z 1 StGB in Wegfall gekommen ist, die vom Erstgericht noch bei sämtlichen Diebstahlsfakten angenommen worden war, und daß die Vorstrafen des Angeklagten wegen einschlägiger Delikte, insgesamt gesehen, noch nicht als sehr gravierend angesehen werden können, erscheint eine etwas geringere

Freiheitsstrafe als im Ersturteil ausgesprochen angemessen. Die Freiheitsstrafe wurde demnach mit fünfzehn Monaten neu bemessen; mit seiner - eine Herabsetzung des Strafausmaßes anstrebenden - Berufung war der Angeklagte demgemäß auf diese Entscheidung zu verweisen.

**Anmerkung**

E05075

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:OGH0002:1984:0100OS00147.84.1120.000

**Dokumentnummer**

JJT\_19841120\_OGH0002\_0100OS00147\_8400000\_000

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

© 2025 JUSLINE

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

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